Perozzi

I modi pretorii

SILVIO PEROZZI

I MODI PRETORII

D'ACQUISTO

DELLE SERVITÙ

TORINO

ROMA — MILANO — FIRENZE

FRATELLI BOCCA EDITORI

1897

SILVIO PEROZZI

I MODI PRETORII

D'ACQUISTO

DELLE SERVITÙ

TORINO
ROMA — MILANO — FIRENZE
FRATELLI BOCCA EDITORI
1897

I MODI PRETORII D'ACQUISTO DELLE SERVITÙ

I.
Pactio et stipulatio.

1. Se io proponessi d'interpretare la nota l. 20 C. de pactis 2. 3.: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* così: la proprietà non si trasferisce coi nudi patti, ma con la combinazione di due atti: la tradizione e l'usucapione; occorre cioè che la cosa sia non solo consegnata, ma anche per un certo tempo posseduta; se io proponessi, dico, questo, chiunque direbbe che io erro, che l'interpretazione naturale, spontanea di quel testo si è invece che la proprietà si acquista tanto colla sola tradizione quanto colla sola usucapione.

Ebbene quell'errore che farei io, interpretando così codesto testo, è precisamente lo stesso identico errore che quanti si occupano di servitù fanno, interpretando

Gaio II. 31 alioquin in provincialibus praediis sive quis usumfructum sive ius eundi, agendi aquamve ducendi vel altius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest.

Tutti infatti interpretano la frase " pactionibus et stipulationibus id efficere potest " così: può far ciò mediante la combinazione di due atti: la pactio e la stipulatio. No; si deve tradurre: può far ciò sia coi patti che colle stipulazioni. Finchè non si rechi una prova esplicita della esistenza di codesta combinazione d'atti, la nostra frase non può tradursi che come si traduce " traditionibus et usucapionibus ". Io dico

adunque che nei fondi provinciali al tempo classico e in tutti secondo la legislazione giustinianea le servitù si acquistavano o col solo patto o colla stipulazione ad arbitrio delle parti.

2. Questa informazione che le servitù si acquistano " pactionibus et stipulationibus „ Gaio la ripeteva nelle sue res cottidianae con gli stessi termini, che usa nelle istituzioni.

È infatti preso dalle res cottidianae § 4, I. de serv. 2, 3. Si quis velit vicino aliquod ius constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet, come appare dal resto di questo paragrafo che è riprodotto letteralmente nella l. 10, D. comm. praed. 8, 4 Gaio lib. 2. rer. cott. È pur preso dalle res cottidianae il § 1. I de usufr. 2, 4. sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet, riprodotto letteralmente nella l. 3. pr. D. de usu fructu 7, 1 Gaio lib. 2. rer. cott. Nel § 4 I. 2, 3. cit. i compilatori si limitarono ad ommettere la frase " in provincialibus praediis „ e a sostituir l'altra " aliquod ius „ all'enumerazione delle singole servitù, che faceva Gaio. Nessun altro testo oltre a questi di Gaio contiene questa frase " pactionibus et stipulationibus id efficere potest „ o " debet „. A Gaio pareva dunque che con codesta frase fosse indicato esattamente come si costituivano le servitù.

Ora egli non indicava con quella frase nulla, se pactio e stipulatio formavano un unico modo d'acquisto. In questa ipotesi la stipulatio avrebbe dovuto avere uno speciale contenuto. Si ritiene infatti generalmente che fosse una stipulatio poenae. Se era tale, Gaio avrebbe dovuto dircelo, sopra tutto considerando che istituzioni e res cottidianae hanno un carattere didattico. E avrebbe dovuto dirci, se la stipulazione penale era principale o accessoria, e quale era la formula usata, e se occorreva che pactio e stipulatio seguissero subito l'una all'altra o no. Insomma se pactio e stipulatio formavano un solo modo d'acquisto, questo modo avrebbe dovuto descriverlo, come ce ne descrive tanti altri. Invece egli non ci dice nulla di nulla. In " pactionibus et stipulationibus, „ abbiamo così una frase senza senso veruno, vuota di ogni contenuto, come indicazione di un modo d'acquisto. La frase diventa invece sensatissima secondo la nostra interpretazione.

Una volta detto che le servitù si fondano mediante i patti e mediante le stipulazioni, nel senso che bastano quelli come bastano queste, non c'è effettivamente altro da dire. Che cosa sia il patto e che cosa sia la stipulatio, tutti lo sanno. Che contenuto deve avere quello e che contenuto questa è pure evidente. Il patto e la stipulatio saranno convenzioni sulla costituzione della servitù; quello una convenzione non formale; questa una convenzione formale. Il testo di Gaio II, 31 viene a dire così questo solo: nei fondi italici occorre a costituire le servitù la mancipazione o la in iure cessio; nei fondi provinciali occorre la convenzione. "Pactionibus et stipulationibus" non è che l'espressione latina che tiene il luogo del nostro termine "convenzione". E come noi, se dicessimo che le servitù si costituiscono per convenzione, non ci crederemmo obbligati a dir altro, così Gaio, detto che le servitù si costituicono "pactionibus et stipulationibus" non ha pur egli altro da dire e nulla ha da dire Giustiniano che lo cita.

3. Che effettivamente basti a costituire la servitù sia il patto che la stipulatio risulta direttamente dalle fonti Giustinianee. Infatti in tutti i testi relativi a questa materia si nomina disgiuntamente la pactio e la stipulatio come ciascuna sufficiente a costituire la servitù, o si nomina uno solo di questi atti come sufficiente a ciò. Basterebbe citare i testi, zenza commento, in prova di ciò; ma credo opportuno farne un breve esame, per indicare le alterazioni che subirono per opera dei compilatorî.

L. 33, § 1, D. s. p. r. 8. 3. Africanus libro nono quaestionum. Per plurium praedia aquam ducis quoquo modo imposita servitute: nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est, neque eorum cuivis neque alii vicino poteris haustum ex rivo cedere: pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet, quamvis nullum praedium ipsum sibi servire neque servitutis fructus constitui potest.

Dimostrai altrove[1] che le frasi "nisi pactum vel stipulatio etiam de hoc subsecuta est" — "Pacto enim vel stipulatione

[1] Fructus servitutis esse non potest, nel Bullettino dell' istituto di diritto romano. Anno VI, pag. 1 segg.

interveniēntibus et hoc concedi solet „ sono interpolate. Ma che esse siano genuine o meno non importa nulla nel nostro caso. Non c'è dubbio veruno infatti che dove nella compilazione giustinianea appare la pactio e la stipulatio in un discorso sulla costituzione delle servitù, questa è la pactio e la stipulatio di Gaio II, 31 e non qualche cosa di nuovo. I compilatori, come appare dai testi citati al numero precedente, non conoscono e non ammettono che questa. Or bene nel nostro testo si ha due volte " pactum *vel* stipulatio „ — " pacto *vel* stipulatione „. Dunque bastava o l'uno o l'altra e non occorrevano affatto tutte e due.

È vero che nel principio della stessa l. 33 si trova scritto: " recte esse servitutem impositam ait, maxime si pacto stipulatio subdita sit. „ Ma nella frase indubbiamente interpolata " maxime si pacto stipulatio subdita sit „ non si esprime una necessità che al patto segua la stipulatio; si esprime solo un'opportunità e tanto per noi basta[1].

L. 25 § 7 D. de usu fructu 7. 1. Ulpianus libro octavo

[1] Probabilmente la frase in discorso infelice sempre sia che fosse necessario e il patto o la stipulazione, sia che bastasse l'uno o l'altra (V. *Pernice*, Labeo, I, p. 478), ebbe questa origine. Nel testo originario di Africano si contemplava il caso di mancipazione fattasi reciprocamente da due comproprietari di due fondi delle quote loro di comproprietà sul fondo, che dovea per la convenzione di divisione restare in proprietà esclusiva dell'altra parte. Africano sentenziava che se, mancipando le parti, si era stabilito un diritto di acquedotto di un fondo sull'altro, la servitù era validamente costituita. Il modo di costituzione, a cui pensava Africano, era la deductio in occasione della mancipazione. La ragione di dubitare stava in ciò che la servitù non veniva imposta sopra il fondo che si alienava a favore del fondo che si riteneva, o viceversa a favore di quello sopra questo; perchè non era un fondo che si alienava, ma una parte ideale di esso ed era una parte ideale che si riteneva. La cosa intera su cui imporre la servitù o a cui favore dovea essere costituita non sorgeva che in seguito alle avvenute mancipazioni. Africano tuttavia ammette la validità della costituzione. Sostituita nel diritto giustinianeo la tradizione alla mancipazione, la deductio fatta in occasione della tradizione, che prima non valeva, vale; ma non è più un modo a sè stante di costituzione delle servitù, com'era nel diritto classico. Essa nel diritto giustinianeo si fonde nella figura generica della convenzione. Ecco perchè, mentre Africano dice " et in tradendo dictum est „, frase che accenna al discorso unilaterale della deductio (legem rei suae dicere), il compilatore qualifica questo discorso per un " patto „, che basta a costituire la servitù. Se basta, è però opportuno che, non essendo esso formalmente un patto esplicito a sè stante, ma un discorso di una parte unito a una tradizione, si dia alla convenzione sulla servitù la forma indipendente e bilaterale della stipulatio.

decimo ad Sabinum. Quod autem diximus ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat quotiens iure legati usus fructus sit constitutus, an et si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcumque modum videndum. et vera est Pegasi sententia, quam et Julianus libro sexto decimo secutus est, omni fructuario adquiri.

Il testo è interpolato. In esso non appare la ragione del dubbio eliminato dalle sentenze conformi di Pegaso e Giuliano. Perchè infatti può parere che l'usufruttuario sia in condizione diversa secondo che l'usufrutto è costituito per legato o invece per tradizione o per stipulazione? Il testo non lo dice, mentre è questo che occorreva anzi tutto dire. Così come sta, la sentenza non ha dunque ragione di essere. Fortunatamente è facile ristabilire il contenuto originario di essa. Basta che io citi il fr vat. 61 e la l. 1. pr. D. quib. mod. us. am. 7. 4. Ulp. 17 ad Sab. che riproduce con qualche alterazione il frammento vaticano. Questo suona secondo la ricostruzione dell'Huschke:

Et parvi refert, utrum iure sit constitu*tus usus fructus, an vero tuitione praetoris: proinde* licet in fundo stipendi*ario vel tributario, item in fundo vectigali vel superficie non sit* iure constitutus capite min*utione amittitur.*

La l. 1 pr. D. 7. 4 suona:

Et parvi refert utrum iure sit constitutus usus fructus an vero tuitione praetoris: proinde traditus quoque usus fructus, item in fundo vectigali vel superficie non iure costitutus capitis minutione amittitur.

Confrontando questi due testi si vede come Ulpiano diceva che sulla perdita dell'usufrutto per capitis minutio non influisce la natura diversa dell'usufrutto; l'essere cioè questo civile (iure constitutus) o pretorio (tuitione praetoris). Come esempio di usufrutto pretorio egli dava solo l'usufrutto costituito sui fondi provinciali, dunque un usufrutto costituito, secondo Gaio II 31, pactionibus et stipulationibus. Furono i compilatori ad aggiungere nella l. 1 pr. come esempio di usufrutto pretorio anche quello costituito per tradizione.

Questi due testi ci permettono di ricostruire il nostro. Ulpiano anche nella l. 25 § 7 studiava se quanto agli acquisti

dell'usufruttuario ex re vel ex operis avea un'influenza l'essere l'usufrutto civile o pretorio. I compilatori, pei quali codesta differenza nei modi d'acquisto delle servitù non ha importanza, la soppressero in questo luogo e si limitarono a citare dei modi tipici di servitù civili e di servitù pretorie. Citarono per quelli il legato; per queste invece, mentre Ulpiano nominava soltanto l'usufrutto costituito sui fondi provinciali, essi nominarono direttamente il modo, con cui l'usufrutto si costituiva su di questi, cioè la stipulatio e vi aggiunsero di loro capo la traditio. Vedremo più innanzi al cap. II, la ragione di quest'aggiunta. Quì basta notare che i compilatori qualificano l'usufrutto costituito sui fondi provinciali (pactionibus et stipulationibus secondo Gaio II, 31) come usufrutto costituito " per stipulationem ". Vuol dire che la sola stipulatio bastava.

L. 13 D. comm. praed. 8. 4. Ulpianus libro sexto opinionum.

Venditor fundi Geroniani fundo Botriano, quem retinebat, legem dederat, ne contra eum piscatio thynnaria exerceatur. quamvis mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest, quia tamen bona fides contractus legem servari venditionis exposcit, personae possidentium aut in ius eorum succedentium per stipulationis vel venditionis legem obligantur.

Il testo, che ha sempre dato molto da fare agli interpreti, è anch'esso interpolato. L'ipotesi di Ulpiano si era che in occasione di mancipazione di un fondo si costituisse a favore del fondo ritenuto questo diritto che il proprietario del fondo alienato non potesse esercitare la pesca dei tonni dinanzi al fondo ritenuto. Al venditore pareva che fosse costituita una servitù. Che cosa sentenziava Ulpiano? Probabilmente così: servitutem impositam non esse, *quia* mari, quod natura omnibus patet, servitus imponi privata lege non potest. Qui il responso finiva. I compilatori fedeli a tutta la tendenza della legislazione giustinianea di attuare la volontà delle parti vogliono che questa volontà sia attuata anche in questo caso, vogliono cioè che davanti al fondo ritenuto nessun proprietario del fondo alienato possa mai fare la pesca. Il male si è che nè il diritto classico, nè il giustinianeo possiedono una

figura giuridica che corrisponda a questo diritto che il proprietario di un fondo non peschi nel mare di fronte al mio. D'altro lato i compilatori stessi non possono ammettere un diritto di servitù sopra una cosa omnium communis. Da questa contraddizione tra la decisione di dar corso alla volontà delle parti da un lato e dall'altro la mancanza di una figura giuridica pel diritto che si vuol dare al venditore, mentre non si può giovarsi della figura della servitù, nasce l'interpolazione. Il compilatore omette la decisione ulpianea: servitutem impositam non esse o altra simile; muta il *quia* in un *quamvis*, nella stessa maniera che, come altrove [1] dimostrai, è mutato il *quia* in *quamvis* nella l. 33 § 1 D. 8. 3.; scrive quindi: " quamvis mari quod natura omnibus patet servitus imponi privata lege non potest ". Così mantiene il principio del diritto classico. Quanto alla figura da dare al diritto del venditore non si sogna di definirla; si toglie invece d'imbarazzo con una descrizione del suo potere; e questo fa derivare non più da una deductio servitutis, ma dalla convenzione; convenzione che concreta nelle due figure con cui in diritto giustinianeo si costituiva per convenzione una vera servitù, cioè la pactio e la stipulatio. Scrive quindi che, benchè non si possa imporre al mare una servitù, pure dalla legge della vendita, che corrisponde al pactum, o dalla stipulazione restano obbligate le persone di chi possedeva il fondo venduto e di chi succede loro.

È fatica sprecata tentar di uniformare in qualsiasi modo la decisione dei compilatori col diritto classico, com'è fatica sprecata cercarvi una configurazione dogmatica del diritto del venditore; e sono inutili i rimproveri per la infelice composizione del testo. [2] Questa legge fa in tutto il paio colla l. 33, § 1, D,

[1] V. l'articolo citato *Fructus servitutis*, ecc. pag. 28.

[2] È stranissima la frase " bona fides contractus " " la buona fede del contratto " per dire la natura di buona fede che ha il contratto. " Personae possidentium " per indicare il venditore e il compratore è altra frase assurda, che si spiega solo col fatto che nel caso di servitù costituita per deductio, spariscono nei contraenti le qualità di venditore e compratore, per non restare che la qualità di proprietari. " Aut in ius eorum succedentiam "; sono i successori a titolo universale o particolare? S'intende che il compilatore pensa a quelli e questi, ma occorreva dirlo. Tanto più dal momento che si nega l'esistenza di una

8, 3. citata. Anche in questa abbiamo lo stesso fenomeno: delle massime classiche, che si vogliono mantenute: nullum praedium ipsum sibi servire potest — fructus servitutis esse non potest; e insieme delle innovazioni pratiche particolari, a cui il legislatore non sa dare una figura dogmatica nuova, mentre sono in contraddizione con quelle massime. Resta solo questa differenza che nella l. 33, § 1, il legislatore rinunciò ad ogni giustificazione dell'innovazione; nella nostra legge la volle fare e riuscì infelice. Il richiamo a questa legge 33, § 1. illumina il nostro testo anche in un altro punto, che è l'essenziale nel nostro argomento. Il legislatore dice in codesta legge " pacto enim vel stipulatione intervenientibus et hoc concedi solet „ che il titolare della servitù d'acquedotto possa permettere al proprietario serviente o al terzo vicino di godere dell'acquedotto. È la convenzione ch'esso vuole attuata in forma di concessione di un diritto reale. E così nella nostra l. 13 egli scrive: " per stipulationis vel venditionis legem obligantur „ che è precisamente un altro modo di dire " pacto vel stipulatione intervenientibus. „ Le due frasi sono equivalenti. La conclusione si è che anche nel nostro testo questo diritto che non è una servitù classica, ma che il legislatore vuole ordinato come una servitù, che il proprietario di un fondo non faccia alcun che sopra una res omnium communis, perchè resta diminuito il godimento del proprietario di un altro fondo, è fatto derivare dai modi d'acquisto convenzionali giustinianei delle servitù: la pactio *oppure* la stipulatio e non da un modo unico: la pactio combinata colla stipulatio.

L. 27, § 4, D. de usu fructu 7, 1. Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum. Si qua servitus imposita est fundo, necesse habebit fructuarius sustinere: unde et si per stipulationem servitus debeatur, idem puto dicendum.

" servitus „ e si dice poi " obligantur. „ L' " obligantur „ indicherebbe un'obbligazione personale; ma questa non attuerebbe la lex venditionis, che il testo vuole rispettata. E donde spunta la " lex stipulationis „, se prima di stipulatio non si parla? Nè altrove si trova questa frase *lex stipulationis* interamente assurda per un classico. Tutte contraddizioni, enigmi, imprecisioni, ambiguità sopra tutto, che confermano l'interpolazione, che non si potranno mai eliminare, e di cui si può soltanto cercare, come abbiamo fatto, l'origine.

Si disputa se nella seconda proposizione si parli di una servitù che si deve costituire in forza di una stipulazione, in cui se ne è promessa la costituzione; oppure si parli di una servitù costituita per stipulationem, e si sottintende secondo la teoria comune per pactum et stipulationem. L'una e l'altra opinione accampa delle buoni ragioni. Una volta detto che l'usufruttuario deve tollerare le servitù imposte al fondo, non è possibile che coll'*unde* il testo passi a indicare un modo speciale di costituzione di servitù, come sarebbe la stipulazione. Così argomentano gli uni. A cui gli altri rispondono: dal fatto che l'usufruttuario deve tollerare le servitù imposte non può scaturire tanto semplicemente, come mostrerebbe suppporre Ulpiano, col suo *unde*, che egli deve tollerare anche le servitù dovute, ma non ancora imposte.

Il vero si è che anche questo testo è una abbreviazione del testo originario d'Ulpiano, il quale faceva la stessa antitesi (che vedemmo conservata in l. 1, pr. D, 7, 4, e che vedemmo soppressa in l. 25, § 7, D. 7, I.) tra servitù civili e pretorie. Egli diceva che l'usufruttuario deve tollerare le servitù imposte al fondo sia iure sia tuitione praetoris, e nominava la costituzione per stipulationem. I compilatori sopprimono quell'antitesi generale; e la sentenza resta così formata in modo, che dei suoi due significati possibili entro la compilazione giustinianea non soddisfa né l'uno nè l'altro. Vista però l'origine della sentenza, è certo che anche nella mente dei compilatori la servitù dovuta per stipulazione è la servitù costituita per stipulazione e non promessa soltanto. Così abbiamo ancora una volta indicato come modo di costituzione la sola stipulatio sia per parte di un giurista classico, in quanto questo testo è residuo di un testo classico, sia per parte dei compilatori in quanto il testo è loro.

Passiamo ai testi del codice:

L. 3., C. de serv. 3, 34. Imp. Antoninus (a. 223). Et in provinciali praedio constitui servitus aquaeductus vel aliae servitutes possunt, si ea praecesserunt, quae servitutem constituunt: tueri enim placita inter contrahentes debent.

L'imperatore ammette che la costituzione delle servitù sui fondi provinciali deriva dai "placita" delle parti. Ora un

"placitum" è sia il patto che la stipulazione. Se il fondamento della validità della servitù sta, come l'imperatore vuole, nella convenzione delle parti, deve appunto bastare la convenzione o semplice o formale.

L. 12, § 1, C. de aedif. priv. 8,10. Imp. Caesar Zeno..... cum praecipiat, ut qui aedes suas renovant nequaquam veterem formam excedant, ne aedificantes lumina vel prospectum vicinorum contra priorem statum auferant, nec tamen addiderit quid debeat obtinere, si aedificator ius habeat competens ipsi *ex pacto vel stipulatione* (ἐκ συμφώνου ἢ ἐπερωτήσεως) quo antiquam formam, si velit, mutare permittatur. § 1 b. Quamobrem sancimus, si *pactum vel stipulatio* aedificantem iuvet, licere ei secundum *pacti vel stipulationis* vim aedificare.... § 3. nullo modo auxilio, quod *ex pactis vel stipulationibus* competit.... auferentes.... § 4 b. Sancimus autem haec observari, quando *nullum pactum* intervenit, quod aedificare permittit.... quando quidem iura quae *ex pactis* competunt, per generales leges tolli non convenit.

La legge non potrebbe essere più esplicita nel senso della nostra tesi; tre volte si nomina in essa *pactio vel stipulatio* come modi di costituzione di un diritto di servitù diretto ad estendere il godimento della cosa nostra contro ai limiti legali della proprietà stabiliti a favore dei vicini. E da ultimo si nomina due volte il solo "pactum" ad esprimere il fondamento comune di codesti due modi d'acquisto, ossia la volontà corcorde delle parti, la convenzione, i "placita" in somma della legge precedente

4. Qui finiscono i testi, in cui si parla di pactio e di stipulatio esplicitamente come modi di costituzione delle servitù. Dal primo all'ultimo essi sono così concordi nel mostrare che pactio e stipulatio sono appunto due modi di costituzione e non uno solo, che la teoria contraria ha per me tutto il carattere di un'idea fissa. Tanto più si deve dir questo, quando si considerano quegli altri testi in cui essa intende di scorgere esempi pratici della combinazione di pactio e di stipulatio. Questi testi sono numerosissimi, [1] ma fortunatamente

[1] Il WINDSCHEID Pand. I, § 212, n. 1 ad es. cita l. 38 § 10-12 D. v. o, 45, 1, l. 2, § 5, 6. l. 49 § 2. l. 85 § 1. l. 131 pr. D. eod.

sono tutti dello stesso modello. Ne citerò due che bastano a dare l'idea di tutti.

L. 2, § 5, 6. D. verb. stip. 45, 1. Paulus libro duodecimo ad Sabinum. Item si in facto sit stipulatio, veluti si ita stipulatus fuero: "per te non fieri neque per heredem tuum, quo minus mihi ire agere liceat „? et unus ex pluribus heredibus prohibuerit, tenentur quidem et coheredes eius.... § 6 contra autem si stipulator decesserit, qui stipulatus erat sibi heredique suo agere licere, et unus ex heredibus eius prohibeatur, interesse dicemus, utrum in solidum committatur stipulatio an pro parte eius, qui prohibitus est, *nam si poena stipulationi adiecta sit*, in solidum committetur.... si vero poena nulla posita sit, tunc pro parte eius tantum qui prohibitus est committetur stipulatio „.

L. 38, § 10-12 D. eod. Ulpianus libro quadragensimo nono ad Sabinum. Si quis ita stipulatus fuerit "uti frui sibi licere „, ad heredem ista stipulatio non pertinet § 11. Sed et si non addiderit "sibi „, non puto *stipulationem de usufructu ad heredem transire*, eoque iure utimur. § 12. Sed si quis uti frui licere sibi heredique suo stipulatus sit, videamus, an heres ex stipulatu agere possit, et putem posse, licet diversi sint fructus: nam et si ire agere stipuletur sibi heredique suo licere, idem probaverimus.

Come si vede, in nessuno di questi due testi appaiono le pactiones. Si parla sempre e solo di stipulazioni o con pena (nam si poena stipulationi adiecta sit) o senza pena. Queste stipulazioni producono non un diritto reale, ma l'effetto loro normale di vincolare obbligatoriamente il contraente e i suoi eredi. È la stipulazione, che passa agli eredi (stipulationem de usu fructu ad heredem transire) e non il diritto di servitù. Noi non incontriamo mai adunque una traccia di quella combinazione di patto e di stipulazione con effetto reale, che si vuole esistita. Tutta quella serqua di testi simili ai nostri due, che usa, come dissi, citare in questa materia provano così che i romani usavano fare delle stipulazioni penali o no con effetto obbligatorio o per procurarsi un godimento equivalente pel contenuto (non per la realità) ad una servitù o per garantire meglio l'esercizio di una servitù costituita nei

modi consueti, ma non hanno nulla a che fare con le pactiones et stipulationes di Gaio II, 31.

Lasciati da parte molto opportunamente questi testi, il PERNICE [1] cita invece come contenente un caso di costituzione di servitù per patto e stipulazione, dove però il patto sarebbe sostituito dalla vendita, la l. 3, § 2, D. a. e. v. 19, 1. Pomponius libro nono ad Sabinum. Si iter actum viam aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est: itaque cavere debes per te non fieri quo minus utar.

Dov'è però qui detto che sorga dalla vendita e dalla stipulazione susseguita un diritto reale? Il testo va connesso con l. 20, D. de serv. 8, 1. Iavolenus libro quinto ex posterioribus Labeonis. Quotiens via aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri quominus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset. Ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt.

Queste due sentenze hanno tutte la stessa origine. Se si vende una cosa corporale, l'obbligazione del venditore non è di far l'acquirente proprietario di essa mediante il compimento di un atto trasmissivo del dominio. Il venditore deve semplicemente tradere rem, cioè consegnarla, e rispondere perchè l'acquirente seguiti a tenere la cosa. Venne il giorno in cui i romani estesero il concetto di vendita alla vendita di cose incorporali e anzi tutto delle servitù. Questa vendita della cosa incorporale la conformarono sulla vendita della corporale. E quindi come in questa si deve consegnare la cosa, così pensarono che si dovea consegnare in quella la servitù; ma pur come nella vendita di cose corporali non si è obbligati a trasmettere la proprietà, così nella vendita di servitù non si è obbligati a costituire il diritto di servitù [2]; basta qui la materiale *traditio* della cosa incorporale; come nell'altro caso basta la materiale *traditio* della cosa corporale. Per questo vediamo

[1] PARERGA, III, pag. 207.

[2] Non hanno alcun valore gli argomenti contrari dell'ELVERS. Die röm. Servitutenlehre pag. 663 n. h. h.

i tre giuristi Labeone, Pomponio, Iavoleno parlare tutti della traditio come costituente la vera obbligazione derivante dalla vendita della servitù. Il male si è che una vacuae possessionis traditio, se è possibile per le cose corporali, non è possibile per le servitù. Come supplire al difetto? Labeone e Pomponio consigliano una stipulazione: „per te non fieri quo minus eo iure uti possit „. Iavoleno la trova inutile: se il venditore della servitù la lascia esercitare, questo permesso dell'esercizio equivale alla tradizione, perchè il compratore si trova nelle identiche condizioni dell'acquirente di una cosa corporale, che anch'esso per la tradizione riceve solo l'esercizio del dominio, e non ha diritto anche ad avere il dominio.

Dunque la stipulatio di Labeone e di Pomponio non si connette per nulla colla vendita, quasi che questa fosse considerata come un patto che combinato con quella stipulatio crea la servitù. La vendita sta a sè; essa è il contratto di vendita, che crea delle obbligazioni e nient'altro che delle obbligazioni. La stipulazione è l'atto che funge da tradizione, la quale è il vero contenuto dell'obbligazione derivante dalla vendita. E come la traditio rei con la quale si adempie l'obbligazione derivante dalla vendita di cosa corporale non occorre che importi l'acquisto del dominio, così la stipulatio che funge da tradizione della servitù non occorre che crei la servitù e non la crea. Essa pone soltanto il compratore nella condizione di chi ha comperato una cosa corporale: garantisce a lui ed ai suoi eredi l'esercizio della servitù. Se chi ha venduta la servitù dovesse, come impongono Labeone e Pomponio, compiere colla stipulazione un atto, che unito alla vendita procura la servitù, vorrebbe dire che i romani rispetto alle servitù crearono tutto un nuovo diritto della vendita, contrario a quello che vale nel caso di vendita di cosa corporale. Ciò è assurdo. Iavoleno consiglia invece come sostituto della tradizione, l'usus; il quale usus anch'esso non crea la servitù, ma importa solo godimento, nè più nè meno della tradizione di una cosa corporale.

5. Non credo che dinanzi a questi risultati delle nostre fonti basti a scusare, non dico a giustificare, la teoria comune Teofilo II, 3, § 4: facta enim conventione de concedenda ser-

vitute, rogat qui eam accepturus est per concessionem: spondes ne manere ac stare concessa servitute? et si non steteris, spondes ne dare mihi poenae nomine centum aureos?

Teofilo delle spiegazioni cervellotiche ce ne ha lasciate parecchie. Basta per tutte in materia di servitù quella delle servitù altius tollendi, luminibus officiendi ecc. Che questa sia dello stesso genere appare dalla forma stessa della stipulazione. Nelle stipulazioni romane vedute a garanzia dell'esercizio di una servitù noi troviamo sempre nominata la servitù; i romani stipulano: iter fieri, aquam ducere, per te non fieri quo minus ire agere liceat. Qui invece la stipulazione non indicherebbe la servitù concessa, ma si riferirebbe al patto precedente, e ciò si farebbe in questa forma antiromana: spondes ne manere ac stare concessa servitute? Evidentemente Teofilo fu uno dei primi ad interpretare " pactionibus et stipulationibus " come i moderni. Interpretando codesta frase così, inventò la formula della stipulazione, che concepì nella forma verbale antiquata. Egli non descrive un uso del suo tempo; al suo tempo la stipulazione era un atto scritto, chiuso con una formula, che, come vedremo, si riferiva a tutto l'atto. Egli qui non è che un erudito che interpreta secondo la distinzione classica tra pactio e stipulatio un testo antico e nel far questo erra.

6. Tuttavia gli scrittori odierni si fidano tutti di lui; soltanto correggono la forma della sua stipulazione penale. Ammettono che il patto stabiliva la concessione del diritto e che ad esso seguisse una stipulazione formulata come quelle tante altre, di cui abbiamo esempi nelle fonti e di cui parlammo, in cui si promette di non impedire il passaggio, l'acquedotto ecc. e pel caso di mancamento si promette una pena. Corretto così Teofilo, tirano ad indovinare come mai può essere sorta una così strana combinazione di patto e di stipulazione con effetto reale. Il male si è che la combinazione è tale che restano chiuse tutte le vie per le quali si arriva, anche mancando ogni informazione antica, a creare delle ipotesi plausibili sull'origine degli istituti giuridici. La combinazione consta infatti di una contraddizione. Si vuole che un contratto (la pactio) diretto a costituire un diritto reale sia per

sè inefficace a far questo, ma che aggiungendovi un contratto obbligatorio (la stipulazione penale) che conserva il suo effetto obbligatorio, acquistino efficacia reale il primo e il secondo nella loro congiunzione. Ma se in un sistema di diritto il contratto diretto alla costituzione di un diritto reale è inefficace a farlo sorgere, quel sistema non può ammettere che diventi efficace per l'aggiunta di un altro contratto diretto a costituire un'obbligazione. Un contratto obbligatorio a sua volta non può acquistare efficacia realistica, perchè si trova unito a un contratto, che nell'intenzione delle parti dovrebbe averla, ma che non la ha. E codesto contratto obbligatorio non può insieme fungere da contratto reale, in quanto concorre a fondare la servitù e da obbligatorio, in quanto crea un'obbligazione. La combinazione è adunque veramente tale che solo il capriccio di un legislatore ameno poteva crearla. La storia invece, ossia quell'insieme di circostanze che influiscono sulla formazione degl'istituti giuridici, non può aver prodotto nulla di simile. Cercare le origini storiche della pactio et stipulatio così intesa vuol dire quindi cercare l'impossibile e condannarsi ad avventare delle asserzioni prive di serietà scientifica.

7. Il Lenel [1] sostiene che la stipulazione serviva a sostituire la tradizione delle servitù non ancora ammessa. Quando fu ammessa, i romani mantennero la vecchia forma. La base esegetica di questa opinione è formata dalle l. 20, D. de serv. 8, 1. - l. 3, § 2, D. a. e. v. 19, 1 che abbiamo prima esaminate. Ora noi vedemmo che da coteste leggi risulta una cosa sola, ossia che la giurisprudenza romana cercò di rendere possibile l'estensione della vendita dalle cose corporali alle servitù, ammettendo che una stipulazione penale o no valesse per tradizione e fosse così adempiuto l'obbligo della tradizione già da secoli stabilito come conseguenza diretta della vendita tipica, che è quella di cosa corporale. Dunque questa stipulazione *a*) sta nel campo del diritto civile, *b*) serve solo se precede la vendita, *c*) surroga la tradizione imposta dalla vendita,

[1] *Parteiabsicht und Rechtserfolg.* nei *Ihering 's Iahrbücher* vol. 19, pag. 185 seg.

d) non crea la servitù ma solo una obbligazione; *e*) si adopera perciò in ogni vendita di servitù in relazione a qualunque fondo. Essa così non ha nulla a che fare colla stipulazione nella combinazione di pactio et stipulatio voluta dalla teoria comune, perchè questa stipulazione *a)* sta nel campo del diritto pretorio, *b*) seguirebbe non a un solo tipo di contratto ma ad ogni pactio, *c)* non surroga niente, appunto perchè non segue alla vendita ma ad ogni pactio, *d)* crea la servitù, *e*) ma la crea solo sui fondi provinciali. Codeste leggi sono adunque citate a sproposito.

Tolta la base esegetica, per questa teoria del Lenel altro non resta. Ognuno intende che se mai il pretore volea creare un modo d'acquisto delle servitù analogo al modo d'acquisto per tradizione della proprietà, a parte la nessuna necessità e opportunità di far ciò, egli avrebbe parlato di iusta causa e non di pactio, e come surrogato della tradizione avrebbe preso l'usus, come proponeva Iavoleno, e non mai la stipulazione; formato il modo d'acquisto, lo avrebbe poi applicato a tutti i fondi. Avremmo dunque tutt'altra figura da quella della combinazione di pactio et stipulatio e tutt'altra applicazione di essa.

Avverto anche che la nostra pactio et stipulatio crea le servitù, perchè, dicono le fonti, conviene " tueri placita contrahentium ", perchè " iura quae ex pactis competunt per generales leges tolli non convenit ". Dunque mentre per la proprietà si dice che questa non deriva " ex nudis pactis ", per le servitù si dice il contrario. Vuol dire che c'era l'idea che se per l'acquisto della proprietà il consenso non basta, ma è necessaria la tradizione, per le servitù nelle provincie bastava invece il consenso e la pactio e la stipulazione fungevano entrambe nel concetto romano come espressione del consenso e non questa come atto materiale che dia efficacia al consenso manifestato in quella. Vedremo da ultimo nel prossimo capitolo donde è nata la quasi tradizione delle servitù e allora apparirà come la stipulazione non potea surrogare un modo d'acquisto per tradizione non ancora nato e che non nacque se non per opera di Giustiniano.

8. Non più felice è il DERNBURG.[1] I peregrini a suo avviso già ab antico usavano le pactiones a costituire le servitù. Assoggettati ai romani, il senso formalistico di questi esigette l'aggiunta di una stipulazione, in cui si promettesse di non impedire l'esercizio del diritto sotto una penale. Una tale stipulazione generava obbligazioni personali, ma ci si vedeva un *rinforzo* del patto precedente, la manifestazione in atti della sua serietà. — Tutto questo è pura e semplice fantasia. Ammetto anch'io che nelle provincie le nude convenzioni bastassero alla costituzione delle servitù, ma quel che non è ammissibile è che la stipulazione così concepita si aggiungesse per codesta funzione. Che i romani, trovato un modo semplice di costituzione delle servitù, per puro amore di forma lo rendessero complicato è abbastanza difficile a credersi. Diventa poi impossibile quando si considera che forma sceglierebbero a soddisfare il loro amore. Non creerebbero una forma più o meno simile a quelle che adoperano nel loro diritto civile per costituire le servitù, ma prenderebbero la stipulazione che è per essi il tipo dei contratti obbligatorî! Questo contratto obbligatorio dovrebbe dare *serietà* ad un altro contratto, che sarebbe poi quello donde deriva il diritto reale. Quando mai la stipulazione serve a *rendere serio*, a *rafforzare* un altro contratto in diritto romano? La stipulazione penale o *nova* il contratto precedente o ne garantisce l'esecuzione, ma la *serietà*, ma la *forza*, che vuol dire l'efficacia, o quel contratto la ha in sè o non la riceve da nessuna stipulazione. In particolare poi essa non potea servire a rendere serio e rafforzare un atto, che prima originava da solo la servitù, perchè, se mai, i romani erano disposti a ritenere che la stipulazione unita ad un atto simile provava che non si era inteso di creare una servitù, ma un'obbligazione. Essa parea cioè toglierne della forza all'atto e non aggiungervene.[2]

[1] Pand. I. § 251 — V. una critica di questa teoria in MANENTI, Contributo critico alla teoria generale dei pacta, pag. 187, n. 2.

[2] Cito in prova l. 36 D. 8. 21 Paulus libro secundo responsorum. Cum fundo, quem ex duobus retinuit venditor, aquae ducendae servitus imposita sit, empto praedio quaesita servitus distractum denuo praedium sequitur: nec ad rem pertinet, quod stipulatio, qua poenam promitti placuit, ad personam emptoris, si ei forte frui non licuisset,

Accostiamo pure i due mondi giuridici romano e provinciale. Il provinciale ha il pensiero che il contratto crea la servitù; il romano che la stipulazione crea delle obbligazioni. Non si vede che questi sono due pensieri, che non si possono combinare? L'uno potea vincere l'altro. I romani poteano accettare che dalla pactio derivasse la servitù; e allora tanto più ammettere che derivasse la servitù dalla stipulatio. Oppure invece poteano sacrificare le idee provinciali e sostenere che la pactio non crea la servitù, onde ai provinciali non restasse che accontentarsi, non potendo usare mancipatio e in iure cessio, di stipulazioni obbligatorie. Questo potea nascere dal contatto delle idee romane e provinciali; ma non mai codesta curiosa combinazione, in cui sarebbero sacrificate le idee provinciali, in quanto il patto non basta più a creare la servitù; le idee romane in quanto la stipulazione concepita come promessa obbligatoria serve a creare un diritto reale e in quanto la pena che serve a garantire un diritto servirebbe a farlo sorgere e le idee comuni a provinciali e romani in quanto il contratto della stipulazione dovrebbe avere insieme efficacia reale ed efficacia obbligatoria.

9. Il WINDSCHEID[1] spiega la nostra combinazione a questo modo. Siccome nelle provincie non si potevano usare i modi civili mancipatio e in iure cessio per costituire le servitù, si introdusse l'uso di far una pactio che avea per contenuto la concessione del diritto, e vi si univa una stipulazione in cui si prometteva di non turbare l'acquirente nè i suoi eredi nell'esercizio del diritto stesso sotto una pena. In principio non sorgeva da questa combinazione un diritto reale; soltanto si potea agire in base alla stipulazione per l'interesse in caso di turbamento. Nel corso del tempo in questa combinazione si vide un vero modo di costituzione delle servitù.

relata est. — Qui abbiamo una stipulazione penale a favore del compratore di un fondo che per deductio avea acquistata una servitù sul fondo ritenuto dal venditore. Ora è chiaro dal testo che questa stipulazione, tutt'altro che avere la forza di confermare la servitù, avea così esplicitamente una mera forza obbligatoria da far dubitare che dove essa era, non si fosse inteso di costituire una servitù, ma un mero diritto d'indole personale a favore del creditore (o dei suoi eredi, se anche questi erano nominati).

[1] PAND., I, § 212, n. 1.

Questa teoria fu confutata dal LENEL.[1] Decisiva tra le obbiezioni fatte da questo scrittore è la seguente: se in origine dalla pactio e dalla stipulazione non sorgevano che obbligazioni personali, perchè la pactio, mentre bastava la stipulazione? E meglio si dovrebbe dire: che ci sta a fare una pactio che avrebbe per oggetto la costituzione della servitù, se essa non genera la servitù, ma il contraente non ha che l'azione personale derivante dalla stipulazione? Questo per rispetto allo stato anteriore descritto dal WINDSCHEID. Quanto al posteriore, s'intende che " il corso del tempo " può fare molti miracoli, ma neppur esso potea far questo che una stipulazione, in cui s'impone una prestazione personale a una persona e ai suoi eredi, conservasse il suo carattere obbligatorio, ma insieme diventasse parte di un modo di costituzione del diritto reale, di cui l'altra parte sarebbe una pactio, che prima non contava nulla di nulla.

10. — Siamo allo JHERING[2]. Questi ritiene che il patto determinava il contenuto della concessione fatta e a questo patto si aggiungeva una stipulazione penale pel caso di violazione del diritto concesso. Ma dalle due cose non sorgeva una servitù; sorgeva invece un'obbligazione, che dalle due parti si trasmetteva non solo ai successori universali ma ai particolari. Non osta a questa idea che Gaio qualifichi questa obbligazione provinciale per una servitù; romano egli adopera le idee romane; l'obbligazione nella sostanza coincideva colla servitù; egli non può quindi che qualificarla per servitù. — Il WINDSCHEID qualifica questa teoria per attraente[3]. Effettivamente non ha che un pregio estetico. Nelle fonti non ha base alcuna. Lo JHERING trova che le formule costitutive delle servitù ora suonano: ius esse o non esse, ora ut liceat o ne liceat: quelle sarebbero proprie della mancipatio e in iure cessio; queste del pactum; quelle fondano il diritto reale; queste l'obbligazione realistica ossia trasmissibile ai successori particolari. Non credo necessario di dimostrare che questa

[1] Art. cit. pag. 184; cfr. DERNBURG Pand. I, § 251, n. 19.
[2] Passive Wirkungen der Rechte nei Gesammelte Aufsätze vol. III, pag. 331.
[3] Pand., I, § 212, n. 1.

distinzione tra le formule è immaginaria. La stipulazione penale poi aggiunta alla pactio lo JHERING la intende come Teofilo e cita gli altri esempi da me recati prima di stipulazioni penali a garanzia dell'esercizio del contenuto di una servitù o di una servitù. Ma queste stipulazioni sono tutte intestate alle parti e ai loro eredi. Di successori particolari in esse non si parla; e lo nota il WINDSCHEID stesso [1]. Priva di una base esegetica, ha almeno una base logica una tale teoria? No. Se nelle provincie la pactio bastava a creare un'obbligazione realistica, donde la necessità della stipulazione penale? Se non bastava, conviene supporre che ciò fosse perchè si voleva una forma solenne di contratto. E si capisce che si esigesse la stipulazione. Ma allora era la pactio che diventava inutile. Inoltre in una tale ipotesi, perchè la pena? La statuizione di una pena in tutto il diritto romano serve a garantire l'adempimento di un'obbligazione, e come tale non può divenire mezzo per farla sorgere.

11. — Fra noi si occupò della questione il MANENTI. In coerenza alla sua teoria sui pacta egli ritiene che anche qui il patto non costituisse un diritto, ma servisse ad impedire al promittente l'esercizio di un diritto; dunque nel nostro caso l'esercizio del dominio, in quanto contraddicesse colla facoltà concessa col pactum. "Ma siccome il pactum non poteva essere fatto valere dall'interessato che in via di exceptio..., così esso per sè stesso non poteva servire ad impedire all'altro (concedente di quella facoltà) di disporre della sua cosa in modo da renderne difficile od anco impossibile all'altro l'uso convenuto. Tale intento non poteva essere raggiunto che in via indiretta per mezzo di penali stabilite col mezzo di stipulazioni, colle quali appunto il concedente di quella facoltà, o più generalmente quello dei due paciscenti che per la sua posizione rispetto alla cosa sarebbesi trovato in condizione di poter violare impunemente il pactum, si obbligava per il caso di tale violazione, ad una data pena pecuniaria in favore dell'altro.... A tale congegno giuridico si ricorreva infatti in tutti quei casi, nei quali si volevano, per quanto era possibile,

[1] *Op. cit*, loc. cit.

gli effetti di una servitù, che per una ragione qualsiasi non poteva essere costituita come tale, come appunto avveniva secondo il notissimo passo di Gaio II, 31, quando si trattava di fondi provinciali „ [1]. Questa combinazione non creava però un vero e proprio diritto di servitù; Gaio lo chiama ius eundi agendi etc. solo relativamente all'intenzione delle parti, che era appunto quella di conseguire per quanto erano possibili gli effetti della costituzione di un vero e proprio diritto di servitù. Ciò risulta incontestabilmente da Gaio II, 7: in eo solo [cioè provinciali] dominium populi romani est vel Caesaris, nos autem possessionem tantum vel usum fructum habere videmus [2]. — A parte le gravissime obbiezioni, alle quali va incontro la teoria generale sui pacta di questo autore, esposte già dal FERRINI [3], è da notare nel caso particolare che questa spiegazione delle nostre pactiones e stipulationes ha lo stesso carattere che egli trova, ed io con lui, nella spiegazione del DERNBURG, di essere cioè "una ipotesi meramente fantastica, che non trova la benchè menoma giustificazione nelle fonti „ [4]. Le stipulazioni penali accessorie, che troviamo nelle fonti classiche incorrotte non sono, devo ripeterlo, pactiones et stipulationes; sono pure e semplici stipulationes con effetto meramente obbligatorio. Nè in esse si accenna mai ad una pactio; nè mai questa stipulazione ha effetto reale. Gaio invece parla oltre che di stipulatio, di pactio, non qualifica la stipulazione per penale, attribuisce alle pactiones et stipulationes un effetto reale. Dunque nè in codeste stipulazioni penali si riscontra il congegno giuridico che suppone il MANENTI, nè, se ci fosse, potremmo vedere il congegno stesso nelle pactiones et stipulationes di Gaio. Per ottenere l'identità del congegno il MANENTI è costretto a supporre che nelle fonti classiche, ove non incontriamo che la stipulazione penale, si taccia della pactio, perchè presupposta e perchè implicitamente la stipulazione la conteneva [5]. Questa è una

[1] Pag. 129 seg.
[2] Pag. 130, n. 1.
[3] Sulla teoria generale dei pacta nel Filangieri, Anno XVII, febbraio 1892.
[4] *Op. cit.*, pag. 132, n. 2.
[5] Pag. 130, n. 1.

asserzione gratuita non solo, ma anche impossibile. La pactio dovea essere espressa, altrimenti non restava che la stipulazione, la quale è sempre e solo stipulazione e non conta mai come implicitamente per pactio. Per ottenere una sembianza di uguale effetto, il MANENTI dice che anche il diritto derivante dalle pactiones e stipulationes relative ai fondi provinciali non era un vero ius, come non lo era quello derivante dalla pactio e stipulatio rispetto ai fondi italici. Si può essere d'accordo col MANENTI che le servitù così costituite sui fondi provinciali non fossero un ius, ma ciò solo nel senso non del contenuto, del tipo del diritto, ma della sua qualifica di diritto. La proprietà attribuita allo stato impedisce di pensare che la proprietà provinciale sia un diritto, ma non impedisce di pensare che sia una proprietà. Ugualmente le servitù su fondi provinciali non saranno diritti, ma sono servitù. L'idea insomma della proprietà suprema dello Stato stende una tinta uniforme di precarietà su tutti i diritti sui fondi provinciali, spogliandoli del carattere di diritti, ma questi diritti sono anch'essi gettati nello stesso stampo dei corrispondenti diritti sui fondi italici. Perciò Gaio mette alla pari le servitù costituite a questo modo sulle terre provinciali con quelle costituite per altri modi sui fondi italici. Le sue pactiones o stipulationes creano così servitù collo stesso contenuto delle servitù sui fondi italici. Quindi esse non hanno nulla a fare con quel risultato che darebbe il congegno giuridico di pactio e stipulatio che immagina il MANENTI, risultato che non sarebbe servitù pel suo contenuto, ma qualche cosa di ben diverso.

12. Di tutte queste spiegazioni[1] della combinazione indicata da Teofilo non ve n'ha adunque una sola, che regga alla critica. A mutare forma della combinazione le cose non vanno meglio. Vuol dire che il vizio sta, e noi vedemmo come, nella combinazione stessa. Quanto ora non s'intende la mistura di patto e di stipulazione, altrettanto si capisce benissimo che nelle provincie le servitù si costituissero sia col solo patto che colla sola stipulazione.

[1] Altre, che furono date, sono trascurabili; tale ad es. è quella dell'ELVERS Die römische Servitutenlehre pag. 704 seg.

Dei modi civili d'acquisto delle servitù il legato è atto mortis causa; l'adiudicatio è atto del giudice, pel quale la servitù non si costituisce che in occasione di divisione; l'usucapione, quando esisteva, era atto unilaterale d'acquisto, che potea compiersi contro la volontà del proprietario gravato; la deductio è formalmente e nel caso di legato anche sostanzialmente atto unilaterale, e non ha luogo che in occasione di alienazione di una cosa per via di mancipatio, in iure cessio, legato; restano due soli modi, con cui si potea costituire puramente e semplicemente la servitù non in occasione d'altri atti e per la sola volontà delle parti: la mancipatio e la in iure cessio. Questi non sono contractus nel senso romano della parola, formalmente non sono convenzioni, ma hanno la funzione di una convenzione. Essi fungono come ora le convenzioni, per cui è imposta la redazione in iscritto. Come non si redige l'atto che se si è prima concordi e l'atto stesso non si compie che colla concorde operosità delle parti, così non si mancipa e non si cede in iure una servitù che se si è prima concordi e l'atto si compie pure colla concorde operosità delle parti. Proprio ora questi due modi non erano applicabili ai fondi provinciali. Occorreva trovare loro un surrogato. Questo era indicato nei patti o nelle stipulazioni. Sono due convenzioni che sostituiscono altre due convenzioni. Il diritto romano formalistico impone alle parti concordi nel costituire una servitù di compiere degli atti solenni convenzionali; dove la cosa non è possibile, egli accetta il diritto provinciale non formalistico, pel quale la convenzione è fonte d'ogni specie di diritti obbligatorî e reali, e, soppressa la solennità, si accontenta della sostanza: la convenzione, espressa o in forma nuda o per domanda e risposta. Questa è una spiegazione semplice, piana della pactio e stipulatio, e che ha poi anche per se

Gaio II, 31. Sed haec ita scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. alioquin in provincialibus praediis .... pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem praedia mancipationem aut in iure cessionem recipiunt.

Gaio cioè presenta i patti e le stipulazioni come surrogati della sola mancipazione e in iure cessio, dei modi dunque con-

venzionali, e non d'altri modi. Perchè però, si può chiedere, non i soli patti e non le sole stipulazioni? E si risponde: appunto perchè sono entrambi convenzioni; sono i due tipi di convenzioni usati in provincia, il primo il più antico, il secondo importato dai romani.

Ma questo non basterebbe. Conviene aggiungere che fra questi due tipi la provincia non fa differenza alcuna. Il diritto romano antico e ancora, con qualche limitazione, il diritto classico consideravano la stipulazione come contratto verbis, in cui le formule verbali aveano efficacia per sè, indipendentemente dalla considerazione della volontà concorde espressa in esse. La provincia già dai primi tempi dell'impero almeno avea ridotto invece la stipulazione a non essere che una convenzione comune, che usava redigere in iscritto, in fondo alla quale si scriveva ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγηκα. E qui dovrei copiare parecchie pagine del MITTEIS[1], dove si espone come i provinciali aveano tanto poco il senso del significato della stipulazione romana, che codesta formula era posta persino in fondo agli atti testamentarî e di manomissione. Questo modo di vedere e di agire provinciale influì sul diritto romano, nel quale pure la stipulazione finì, com'è risaputo, col ridursi ad essere una convenzione per iscritto, alla fine della quale si aggiungeva la dichiarazione, che erano state pronunciate le formule della stipulazione, cioè il nostro ἐπερωτηθεὶς ὡμολόγηκα.

Per i romani però la stipulazione rimaneva un contratto obbligatorio in conformità alla tradizione antica. Per i provinciali la stipulazione è sempre nient'altro che una convenzione capace di creare, oltre che obbligazioni, anche diritti reali; è cioè la pactio antica in tutta l'efficacia che aveva in provincia, sia obbligatoria cioè che reale, a cui si unisce codesta formula innocua. Le stipulationes costitutive della servitù non sono le stipulazioni accessorie penali delle nostre fonti classiche. Sono queste convenzioni provinciali sulla costituzione del diritto chiuse con la dichiarazione: interrogato approvai. Siccome ora costituito il diritto, l'azione derivava dal diritto e non dalla stipulazione o dalla pactio, e quindi venivano

[1] Reichsrecht und Volksrecht, pag. 485 segg.

meno le differenze, che si connettono alle azioni secondo che derivano dal contratto verbale o meramente consensuale, così in sostanza pactio e stipulatio erano una sola identica cosa; erano un solo modo di costituzione: la convenzione, che o si faceva senza l'uso di quella formula: "interrogato, risposi" o coll'uso di questa. Nel primo caso si avea il modo naturale ai provinciali di costituire una servitù sin da quando conobbero le servitù; nel secondo questo modo risultava modificato ma solo formalmente coll'aggiunta della formula. Ma appunto perchè si trattava di un'aggiunta indifferente, la stipulazione si potea chiamare pactio come la pactio si potea chiamare stipulatio; e l'indicazione "pactionibus et stipulationibus" si converte da nome di due atti in nome di uno: la convenzione.

Di quì l'indifferenza con cui in alcuni testi, che abbiamo veduti, si nomina la sola stipulatio (l. 25, § 7, D. 7, 1 si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcumque modum — l. 27, § 4, D. 7, 1 unde et si per stipulationem servitus debeatur) e di quì il comprendere che fanno altri testi sia la pactio che la stipulatio sotto il nome di placita (l. 3, C. 3, 34) o di pactum (l. 12, § 4, b. C. 8, 10). Probabilmente già al tempo di Gaio non usava più per la costituzione delle servitù sui fondi provinciali che la stipulazione scritta, concepita nel modo indicato, cui si dava il nome di pactum et stipulatio. Le pactiones et stipulationes starebbero allora in Gaio II, 31, come sta pactum et stipulatio nel testo seguente: l. 45, D. sol. matr. 24, 3. Paulus libro sexto quaestionum. Gaius Seius avus maternus Seiae, quae erat in patris potestate, certam pecuniae quantitatem dotis nomine Lucio Titio marito dedit et instrumento dotali huiusmodi *pactum et stipulationem* complexus est: si inter Lucium Titium maritum et Seiam divortium sine culpa mulieris factum esset, dos omnis Seiae uxori vel Gaio Seio avo materno redderetur restitueretur que. quaero .... an et cui actio *ex hoc pacto et stipulatione* competat et utrum heredi avi materni *ex stipulatu* an nepti. respondi in persona quidem neptis videri inutiliter stipulationem esse conceptam, quoniam avus maternus ei stipulatus proponitur .... sed permittendum *ex hac avita conventione* .... utilem actionem.

In questo testo abbiamo una stipulatio, chiamata esplicitamente una volta col suo nome di stipulatio, ma due volte " pactum et stipulatio "; è chiamata in quest'ultimo modo, perchè insomma si tratta come dice il testo da ultimo di una " conventio ". Il dissolversi della stipulazione romana nel corso del tempo e nell'estendersi a tanti paesi dovea condurre a questa mistura di nomenclatura, per cui lo stesso atto è chiamato ora col nome generico di conventio, ora col suo specifico di stipulatio, ora colla frase " pactum et stipulatio ", in cui il primo membro, secondo il suo significato specifico, sarebbe in contraddizione col secondo.

Ora si spiega anche perchè la forma provinciale di costituzione delle servitù, cioè la convenzione, fu accolta nella legislazione giustinianea. Giustiniano è il legislatore della volontà delle parti. Se, trattandosi di proprietà, non ammise — e avea le sue buone ragioni — che la sola volontà delle parti trasferisse la proprietà, egli, per diritti tanto meno importanti come le servitù, trovandosi innanzi a un diritto costituito e applicato su tutti i fondi provinciali, che sanzionava l'origine delle servitù da convenzione, pensò che colla cessazione della differenza tra fondi provinciali e italici, fosse opportuno estendere codesto diritto a tutto l'impero.

Resta adunque che nei modi di costituzione delle servitù per pactio e stipulatio noi abbiamo un mero portato dell'ambiente giuridico provinciale. Essi ce ne rivelano due aspetti: l'efficacia costitutiva di diritti sia personali che reali della convenzione; la mancanza d'intelligenza e di senso della stipulazione romana nei due aspetti dell'efficacia obbligatoria e della forma verbale. I due fatti, che ci erano già noti per altre prove, sono due delle molteplici faccie sotto cui si presenta quel pieno assoluto dominio della volontà, che è il nuovo principio introdotto dal mondo ellenico entro il mondo giuridico romano.

Un'ultima avvertenza. Le servitù costituite per pactio e per stipulatio si dicono costituite tuitione praetoris, e sta bene. Ma non è a credere che il pretore proteggesse le servitù così costituite rispetto ai fondi italici. Gaio non ammette le pactiones e le stipulationes che per i fondi provinciali. E Ul-

piano nel fr. vat. 61, scrive: et parvi refert, utrum iure sit constitutus usus fructus, an vero tuitione praetoris: proinde licet in fundo stipendiario vel tributario.... non sit iure constitutus etc. La tuitio praetoris accordata a questo modo di costituzione resta così accordata solo nel caso di servitù su fondi provinciali.[1] Solo collo sparire della distinzione tra fondi italici e provinciali al tempo Giustinianeo dilagò la mera convenzione come atto costitutivo di servitù. Ma allora non era più la tuitio praetoris, che la facea valere.

II.

La tradizione delle servitú.

1. L'insegnamento comune si è che nel secondo secolo dell'impero il pretore protesse come acquirente di una servitù chi avea in Italia col consenso del proprietario della cosa servente esercitato il contenuto di una servitù su di essa non in via di concessione precaria. Il consenso poteva essere manifestato esplicitamente e si avea la traditio servitutis, o tacitamente e si avea la patientia servitutis. Di qui il titolo del modo d'acquisto: traditio seu patientia. Questo è un altro modo d'acquisto tuitione praetoris.[2]

Io sostengo invece che la traditio servitutis è un modo d'acquisto introdotto da Giustiniano.

2. I giuristi classici si esprimono tutti quanti con una coerenza e una concordia rara rispetto all'impossibilità di possedere cose incorporali e quindi di applicare a queste quegli istituti, che presuppongono il possesso.

L. 3, pr. D. a. v. a. p. 41, 2. Paolo lib. 54 ad ed. possideri autem possunt quae sunt corporalia.

L. 4, § 26. D. de usurp. 41, 3. Paolo lib. 54 ad ed. Nec possideri intellegitur ius incorporale.

[1] Contro Elvers *Op. cit.* pag. 707 e segg.

[2] La tradizione delle servitù non è negata a mia saputa che dal Bonfante *Istituzioni* § 106; l'indole del libro non gli permise di esporre i motivi della sua opinione.

L. 32, § 1, D. s. p. u. 8, 2 Giul. lib. 7 Dig. natura enim servitutum ea est ut possideri non possint.

Quindi non è possibile essere deietti da una servitù e non ha luogo l'interdetto unde vi.

L. 4, § 26, D. eod. nec de via quis *(id est mero iure* interp.) detruditur.

fr. vat. 91 Ulp. lib. 2 de interd. qui uti frui prohibitus est proprie deiectus dici non potest.

Non ha luogo nemmeno l'interdictum quod legatorum

fr. vat. 90 Ulp. lib. 1 de interd. Si usufructu legato legatarius fundum nanctus sit, non competit interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed magis fruitur.

L. 1, § 8, D. quod leg. 43, 3. Ulp., lib. 67 ad ed. Unde est quaesitum, si usus fructus vel usus fuerit alicui relictus eumque occupaverit, an hoc interdicto restituere sit compellendus. movet, quod neque usus fructus neque usus possidetur, sed magis tenetur.

Per lo stesso motivo non può aver luogo tradizione di servitù.

L. 20, D. de serv. 8, 1. Iavoleno lib. 5 ex post. Labeonis. Quotiens via aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset.

L. 3, § 2, D. a. r. v. 19, 1. Pomp. lib. 9 ad Sab. Si iter actum viam aquaeductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est: itaque cavere debes per te non fieri quo minus utar.

Gaio II, 28 res incorporales traditionem non recipere manifestum est.

E da ultimo sempre per la impossibilità del possesso non può neppure usucapirsi una servitù.

L. 43, § 1, D. a. r. d. 41, 1. Gaio lib. 7, ad ed. Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.

L. 14, pr. D. de serv. 8, 1. Paolo lib. 15 ad Sab. Servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur.

Come appare, da Labeone ad Ulpiano è sempre lo stesso

concetto che si esprime e che si applica. Mai una voce insorge contro di esso. L'unica dichiarazione che potrebbe essere invocata come prova che questa cerchia d'idee fu rotta è la sentenza di Iavoleno nella l. 20. D. 8, 1.

ego puto usum eius iuris pro traditione accipiendum esse.

Ma noi vedemmo nel cap. precedente che Iavoleno considera l'uso del diritto non come una tradizione, ma come un sostituto della tradizione imposta dalla vendita. Per lui la tradizione della cosa corporale in seguito a vendita di cosa corporale è il mezzo con cui si adempie l'obbligazione scaturente dalla vendita, che è di procurare il godimento della cosa venduta. Nel caso di vendita di servitù, la tradizione materiale della cosa venduta è impossibile; quel mezzo non può adoperarsi. Ma può aver luogo ugualmente il risultato a cui la tradizione serve di mezzo: cioè il godimento della cosa venduta; da questo punto di vista l'uso può surrogare la tradizione. Fra Labeone e Iavoleno non c'è nessuna discordia sul punto che cose incorporali non si possiedono, e non si tradono; fra loro esiste questa sola differenza: Labeone guarda la tradizione imposta dalla vendita come un atto materiale del venditore, e trovando che questo atto nel caso di vendita di servitù è impossibile, suggerisce come surrogato una stipulazione; Iavoleno guarda la tradizione dal suo fine, che è di procurare il godimento; e allora trova che l'uso del diritto basta a surrogarla, senza bisogno di stipulazione.

Data questa costanza d'idee, s'intende che la dichiarazione di Gaio: res incorporales traditionem non recipere manifestum est, che vale precisamente diniego dell'esistenza di un modo d'acquisto civile o pretorio delle servitù per tradizione, poichè essa precede l'esposizione dei modi d'acquisto delle servitù, sia dei civili, e sia del pretorio per convenzione, deve avere sempre corrisposto allo stato del diritto classico. Se troviamo testi classici, ove si parli di una costituzione delle servitù per tradizione, questi non possono essere che interpolati.

3. Tali effettivamente si rivelano tutti per segni indiscutibili. Ve n'ha una di queste interpolazioni, che serve di prova per tutte le altre. Noi vedemmo infatti che nella l. 1 pr. D. 7,

4. Ulpiano nomina come esempio di servitù costituite tuitione praetoris l' " usus fructus traditus " oltre che quello costituito per convenzione; ma nel fr. vat. 61, da cui la legge è tolta, non si parla di usus fructus traditus e come esempio di servitù pretorie si nomina solo quelle costituite sui fondi stipendiarî. Ulpiano così in questo fr. si mostra in pieno accordo con Gaio, II, 28-31, il quale pure non parla di tradizione delle servitù, anzi ne nega la possibilità; conosce dei modi civili d'acquisto dell'usufrutto e di modi pretorî non nomina che le pactiones e le stipulationes relative ai fondi provinciali, le quali producono il loro effetto precisamente in forza dell'editto provinciale, cioè creano servitù, che valgono tuitione praetoris. Sono dunque i compilatori che hanno scritta in codesta l. 1 pr. la frase " traditus ususfructus "; sono essi che hanno introdotto nel testo di Ulpiano questo modo d'acquisto qualificandolo per tuitione praetoris. Ciò posto non è più possibile alcun dubbio che non sia interpolata la tradizione delle servitù e la relativa qualificazione: " tuitione praetoris " negli altri testi che passo a citare.

L. 25, § 7, D. de usu fr. 7, 1. Ulp. lib. 17 ad Sab. quod autem diximus ex re fructuarii vel ex operis posse adquirere, utrum tunc locum habeat, quotiens iure legati usus fructus sit constitutus, an et si per traditionem vel stipulationem vel alium quemcumque modum videndum, et vera est Pegasi sententia, quam et Julianus .... secutus est, omni fructuario adquiri.

Dissi già nel cap. preced. che originariamente questo testo opponeva le servitù costituite iure alle servitù costituite tuitione praetoris. Siccome ora Gaio e Ulpiano non nominano come servitù costituite tuitione praetoris che le servitù sui fondi provinciali, così è chiaro che " per traditionem " è interpolato qui per lo stesso motivo e allo stesso modo che è interpolato nella legge precedentemente considerata.

L. 11, § 1 D. de publ. 6, 2. Ulp. lib. 16 ad ed. Si de usu fructu agatur tradito, Publiciana datur: itemque servitutibus urbanorum praediorum per traditionem constitutis vel per patientiam (forte si per domum quis suam passus est aquae-

ductum transduci): item rusticorum, nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat.

Esposi altrove[1] le ragioni, per le quali questo testo si deve dire interpolato. È interpolata la parola "tradito". Ulpiano diceva non "tradito" ma "empto" in conformità a tutto il resto del suo commento alla publiciana, dove si contempla costantemente l'ipotesi della vendita o, solo secondariamente, d'altre cause, e non si contempla l'ipotesi della tradizione per una causa qualsiasi. È poi tutta un'aggiunta quanto segue dall' "item" in poi; oltre ad essere sbagliata la costruzione latina, perchè non si sa da che dipenda l'ablativo "servitutibus constitutis", oltre ad essere erroneo l'esempio dato di servitù urbana, perchè parrebbe che fosse urbana la servitù, dove il fondo serviente sia urbano, prova ciò la disposizione curiosa: "itemque servitutibus praediorum urbanorum per traditionem constitutis vel per patientiam... item rusticorum nam et hic traditionem et patientiam tuendam constat". A che questa distinzione inutile tra le servitù urbane e le rustiche? A che la ripetizione del modo d'acquisto? "Vel per patientiam.... forte si quis passus est..." è proposizione di carattere didattico, destinata col "passus" a spiegare il senso di "patientia".

L. 1 § 2, D. servit. praed. rust. 8, 3. Ulp. lib. 2 institutionum. Traditio plane et patientia servitutium inducet officium praetoris.

Che ci stia a fare questa sentenza in fondo ad un testo tolto da un libro d'istituzioni, in cui si seguiva quindi un certo ordine sistematico, subito dopo a una enumerazione e definizione di singole servitù rustiche nessuno arriverà mai a comprendere. Il testo non vi sta bene che dal punto di vista della compilazione. I compilatori credono opportuno di mettere subito nella prima legge del titolo sulle servitù rustiche, le più antiche e le più importanti, il loro modo d'acquisto, dandovi la forma antiquata di un modo "tuitione praetoris" in coerenza a quanto fecero alterando il fr. vat. 61.

L. 3, pr. D. de usufr. 7, 1. Gaio, lib. 2 rerum cottidia-

[1] L'editto publiciano nel Bullettino dell'ist. di dir. rom., Anno VII, pag. 57.

narum. Omnium praediorum iure legati potest constitui usus fructus, ut heres iubeatur dare alicui usum fructum, dare autem intellegitur, si induxerit in fundum legatarium eumve patiatur uti frui.

Qui non è nominata la tradizione, ma si indica come modo di costituzione (constitui) la tradizione (si induxerit in fundum legatarium) o la patientia (eumve patiatur uti frui). È però certo che Gaio non può avere scritto così.

O egli parlava effettivamente del modo di " constituere " l'usufrutto sui fondi " iure legati ", come parrebbe dalle prime parole, e allora egli dovea riferirsi al legato per vindicationem e non come fa al legato per damnationem. Basta che io citi in prova Paolo Rec. Sent. III 6, 17: Usus fructus uniuscuiusque rei legari potest, et aut ipso iure *constituetur* aut per heredem praestabitur. ex causa quidem damnationis per heredem praestabitur; ipso autem iure per vindicationem. In tale ipotesi sono interpolate tutte le parole: ut heres... uti frui. O egli contemplava il caso di legato per damnationem dell'usufrutto e allora non può avere scritto "iure legati potest constitui ususfructus "[1] e non può neppure avere prescritto all'erede quel modo di costituirlo, che sarebbe stato secondo l'opinione comune tuitione praetoris; in tale ipotesi egli non può aver fatto altro che applicare la regola che dà nelle sue istituzioni:

II, 204: et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere; et tum heres, si res mancipii sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipii sit, sufficit si tradiderit.

Ma poichè l'usufrutto, benchè res nec mancipii, non ammette come res incorporalis tradizione, l'erede avrebbe dovuto in iure cedere l'usufrutto stesso in conformità al principio:

Gaio II, 30 ususfructus in iure cessionem tantum recipit.

Il che vuol dire ancora che le parole " dare.... uti frui ", che descrivono la tradizione dell'usufrutto sono interpolate.

Se il testo poi parlava solo di usufrutto sui fondi provin-

[1] Lo ammette anche il LENEL in forma di dubbio nella sua Palingenesia 494.

ciali, come suppone il LENEL, allora il modo che Gaio prescriveva non poteva essere la in iure cessio, ma neppure la tradizione, bensì la convenzione, in conformità a quanto egli ci dice nelle sue istituzioni II, 31 e le parole del nostro testo, in cui si descrive la tradizione, appaiono ancora sempre interpolate.

L. 16, D. si serv. vind. 8, 5 Jul. lib. 7 digestorum. Si a te emero, ut mihi liceat ex aedibus meis in aedes tuas stillicidium immittere et postea te sciente ex causa emptionis immissum habeam, quaero an ex hac causa actione quadam vel exceptione tuendus sim. respondi utroque auxilio me usurum.

Qui è descritta un' ipotesi di tradizione di servitù, e pare si supponga dagli scrittori che l'actio derivante da essa sia per Giuliano la confessoria publiciana, e l'exceptio sia l'exceptio rei venditae et traditae, con cui si respingerebbe la negatoria del venditore. Ma non in questo senso può Giuliano avere scritto il testo.

Se questi pensava ad una traditio servitutis e all'azione ed eccezione conseguenti, le avrebbe indubbiamente nominate, perchè sarebbero state azione ed eccezione pretorie: e se è già strano che un giurista romano, che non conosce l'azione e l'eccezione, ma solo singole azioni e singole eccezioni, risponda a chi lo interroga dicendo che ha azione ed eccezione, senza indicar quale, dato che pensi ad azione ed eccezione civili, la cosa diventa impossibile, qualora si tratti di azioni ed eccezioni pretorie. Il vero si è che Giuliano non pensava ad azioni ed eccezioni derivanti dalla traditio servitutis, ma dalla vendita. " Quaero an ex hac causa „ non si riferisce alla traditio servitutis come modo d'acquisto, ma alla " causa emptionis, „ che nomina immediatamente prima. L'acquirente che ha ottenuto l'usum iuris, se è turbato nell'esercizio della servitù dal venditore, ha contro di lui l'actio empti e se il venditore esercita la negatoria, ha contro di lui l'exceptio doli. Giuliano questi mezzi assai probabilmente li nominava: probabilmente il testo conteneva una trattazione del caso, e la sentenza era motivata.

Così come sta abbiamo adunque una sentenza mutilata; ma che pure nel suo stato fa comprendere che al tempo di Giu-

liano la quasi tradizione delle servitù non esisteva come modo d'acquisto pretorio e nel caso di vendita e di concessione relativa dell'uso del diritto non si applicava a tutela dell'acquirente che il diritto della vendita.

Indirettamente si avrebbe un'attestazione dell'esistenza della traditio servitutis come modo pretorio di acquisto in l. 3. D. si ususfr. pet. 7, 6 Giul. lib. 7 Dig. Qui usum fructum traditum sibi ex causa fideicommissi desiit in usu habere tanto tempore quanto si *legitime* eius factus esset, amissurus eum fuerit, actionem ad restituendum eum habere non debet: est enim absurdum plus iuris habere eos, qui possessionem duntaxat ususfructus, non etiam dominium adepti sint.

Il *legitime* indicherebbe che l'usufrutto tradito è acquistato (eius factus est) non "legitime" ma "tuitione praetoris)". *Legitime* è però interpolato. Giuliano dice poi che cosa veramente si acquista colla tradizione: la "possessio usus fructus". "Possessio usus fructus" esprime ora uno stato di fatto e non di diritto nè civile, nè pretorio. Dunque quella parola "legitime" è aggiunta per esprimere che l'usufrutto tradito è acquistato di fronte al diritto pretorio, quando Giuliano pensava che non fosse acquistato in nessun modo.

4. La tradizione delle servitù è dunque certamente innovazione giustinianea. Non resta che cercarne le origini. L'addentellato classico di essa sta nel diritto della publiciana, come appare del resto dalla l. 11, § 1, D. 6, 2 cit., la quale contiene la più esplicita e la più completa menzione della tradizione della servitù.

La parte di questo testo, che può avere origine classica, è formata soltanto dalle parole: si de usu fructu agatur tradito publiciana datur.

Nel testo non si nominavano le servitù prediali. Vuol dire che la publiciana era stata applicata come utile[1] soltanto all'usufrutto. A sua volta questo fatto significa che se la giurisprudenza applicò la publiciana all'usufrutto, fece ciò non

[1] La publiciana non potea essere data che come utile a motivo del principio contenuto in l. 9 § 5, D. 6, 2. I compilatori omisero la qualifica dell'utilitas. Io credo anche, come dissi, che abbiano sostituito "tradito" ad "emto" ma ciò qui non importa.

per essersi sollevata all'idea che sia possibile una tradizione di una cosa incorporale, chè allora troveremmo ed espressa quest' idea, mentre invece è sempre negata, e la publiciana applicata a tutte le servitù, ma per avere veduta l'affinità esistente tra l'usufruttuario e il proprietario, affinità tale per cui l'usufruttuario può dirsi un proprietario interinale. L'acquirente dell' usufrutto, che avea avuto in consegna la cosa usufruttuaria, era protetto così per la stessa ragione per la quale era protetto l'acquirente di un fondo provinciale: l. 12, § 3, D. de publ. 6, 2. Paolo lib. 9 ad Sab. In vectigalibus et aliis praediis, quae usu capi non possunt, Publiciana competit (si forte bona fide mihi tradita est. interp).

Intesa la cosa a questo modo, il fatto che l'usufruttuario gode della publiciana diventa un aspetto di quella parificazione generale che il diritto classico fa dell' usufruttuario al proprietario rispetto a una quantità d'altre azioni. Noi cioè ora intendiamo che nel commento all' editto publiciano troviamo la sentenza " si de usu fructu agatur tradito publiciana datur " per lo stesso motivo d'ordine legislativo per cui nel commento all'actio finium regundorum,[1] communi dividundo,[2] ad exhibendum,[3] legis aquiliae,[4] de servo corrupto,[5] all' interdetto uti possidetis,[6] unde vi,[7] quod legatorum[8] troviamo accordate le azioni in discorso all' usufruttuario o dove è possibile contro di lui accostando sempre il caso dell'usufruttuario a quello del proprietario.

5 La Publiciana ora nel diritto classico serviva, trattandosi di acquisto dell' usufrutto, tutte le volte che questo fosse

[1] L. 4, § 9, D. 10, 1. Notevole e significante è il fatto che nel commento alla publiciana troviamo detto che ha luogo a favore dell'usufruttuario (l. 11, § 1) e a favore dei compratori di fondi provinciali (l. 12, § 3). In questa l. 4, § 9. le due sentenze sono riunite in una: finium regundorum actio et in agris vectigalibus et inter eos qui usum fructum habent... competere potest. Tanto l'estensione delle due azioni all'usufruttuario ha lo stesso fondamento!

[2] l. 7, § 7, D. 10, 3. Cf. per gli agri vectigales la l. 7 pr. eod.

[3] l. 3, § 4, D. 10. 4.

[4] l. 11, § 10, D. 9, 2.

[5] l. 9, § 1, D. 11, 3.

[6] l. 4, D. 43, 17.

[7] l. 3, §§ 13, 15, D. 43, 16.

[8] l. 1, § 8, D. 43, 3. Su questa legge parlerò più innanzi.

stato tradito semplicemente, perchè sempre non era stata usata la forma civile necessaria, ossia la in iure cessio. Presupposto della publiciana è adunque che non sia acquistata la servitù, come presupposto della publiciana, trattandosi di proprietà, è che non sia acquistata la proprietà. Ma c'è di più; mentre la tradizione per le res nec mancipi è modo d'acquisto del dominio e quindi la tradizione di res mancipi fatta dal proprietario crea la figura dell' in bonis, invece la tradizione non è modo d'acquisto dell' usufrutto mai e quindi non c'è un in bonis esse rispetto a questo. Così la publiciana nel caso d' usufrutto presuppone uno stato di fatto, che si deve qualificare sempre per possesso. Giuliano oppone dunque esattamente in l. 3, D. si ususf. pet. 7, 6, cit. chi ha acquistato l'usufrutto a chi lo ebbe in tradizione, dicendo dell'uno che ne ha acquistato il dominio, dell'altro che ne ha acquistato il possesso.

Questo possesso che la publiciana presuppone non è il possesso del diritto inteso come esercizio del diritto, non è l'usus iuris in altri termini. I romani adoperano il concetto d'usus iuris nella materia dell' estinzione delle servitù per non uso, nella protezione mediante gli interdetti speciali stabiliti per certe servitù prediali, nel caso di vendita di servitù come un surrogato della tradizione imposta dalla vendita. In questo caso invece della protezione del possesso dell'usufrutto non lo troviamo adoperato mai. La terminologia: tradere usum fructum (es., l 3, D. 7, 6), possessio usus fructus (ibid), deiicere ab usu fructu (l. 9, § 1, D. 40, 16), occupare usum fructum (l. 8, § 1, D. 43, 3) è una terminologia dove " usus fructus " sta per la cosa usufruttuaria e formatasi così solo per distinguere il caso di tradizione, possesso, deiezione, occupazione della cosa usufruttuaria, dalla tradizione, possesso, ecc. della cosa, in cui sarebbe incorporato, anzi che l'usufrutto, la proprietà.

Ciò che la publiciana esige è veramente il possesso di buona fede della cosa, è la possessio rei. L'affinità tra proprietario e usufruttuario importa precisamente questo che come la protezione possessoria interdittale è accordata al proprietario quale possessore di cosa e non del diritto di pro-

prietà; come all'acquirente in buona fede la cosa è accordata la publiciana quale possessore della cosa e non del diritto di proprietà; così la protezione possessoria interdittale è accordata all'usufruttuario in considerazione della sua veste di quasi proprietario, dunque come possessore anch'esso di cosa e non come esercente l'usufrutto ossia quasi possessore dell'usufrutto, e nella stessa veste gli è accordata la publiciana. Per questo codesta protezione interdittale rimane limitata all'usufrutto e alle altre servitù personali (usus, habitatio) connesse colla detenzione della cosa e non si estende alle servitù prediali. Per questo ancora la publiciana e la protezione interdittale spetta all'usufruttuario appena sia data, posseduta la cosa; non occorre per nulla una manifestazione esterna del contenuto del diritto, che si intende di esercitare, perchè si dica tradito, posseduto l'usufrutto; non occorre che l'usufruttuario usi e fruisca; basta che detenga la cosa.

Tale la situazione delle cose rispetto alla publiciana accordata all'usufruttuario nel diritto classico.

6. È di qui che parte Giustiniano per creare la tradizione delle servitù. Giustiniano riformò, com'è risaputo, il diritto rispetto ai modi d'acquisto del dominio. Tra le res mancipi e le nec mancipi al suo tempo non esisteva e non si avvertiva più che la differenza esistente nei modi d'acquisto. La differenza di sostanza, a cui corrispondeva la differenza di quei modi, non era probabilmente al suo tempo più stimata, e neppure più conosciuta. Se egli avesse dovuto definire le res mancipi in antitesi alle res nec mancipi avrebbe detto che quelle sono le cose, che si trasferiscono con mancipatio e in iure cessio, queste quelle che si trasferiscono con tradizione. In questo stato di cose s'imponeva la riforma, che Giustiniano eseguì, di sopprimere la necessità della mancipatio e della in iure cessio e di estendere a tutte le cose la tradizione, con che cessava la differenza tra le cose stesse. In conformità a questa riforma egli dovette anche modificare l'editto publiciano. La sua riforma convertiva l'in bonis in un dominio e l'actio publiciana quindi nel caso di in bonis in una vindicatio. Di qui la necessità d'inserire nell'editto pu-

bliciano la frase "a non domino", limitando l'azione publiciana al caso di tradizione da un non domino.

Questa riforma nella proprietà ne importò una di identica nel campo delle servitù. Che cosa erano le servitù tutte rispetto ai modi con cui si costituiscono tra vivi indipendentemente da altri atti giuridici? Giustiniano dovea dire che erano tutte res mancipi, perchè per tutte occorreva alla loro costituzione o la mancipatio o la in iure cessio. I classici dicevano mancipi le sole servitù rustiche; ma una volta che la differenza tra les res mancipi e nec mancipi si era ridotta alla differenza esteriore consistente nel dovere o non dovere impiegare certe forme pel loro acquisto, tutte le servitù diventavano praticamente res mancipi. Giustiniano ora, che non avea voluto mantenere la necessità della mancipatio e della in iure cessio per acquistare la proprietà delle res mancipi, non dovea voler neppure mantenuta codesta necessità per acquistare le servitù. Egli avrebbe detto a sè stesso che, mantenendo questa necessità, mentre aboliva le res mancipi corporali, manteneva questa categoria di cose nelle servitù, come res incorporales.

Bisognava creare quindi un modo generale d'acquisto delle servitù, lasciando cadere mancipatio e in iure cessio. Questo modo glielo offriva il diritto classico. Questo proteggeva colla publiciana la tradizione dell'usufrutto. Giustiniano che avea convertito la publiciana per la proprietà nei casi di tradizione a domino in vindicatio, erigendo così la tradizione a modo generale d'acquisto della proprietà, convertì anche la publiciana accordata all'usufruttuario in una vindicatio dell'usufrutto nel caso che fosse tradito a domino. E poichè indubbiamente nelle scuole orientali di diritto si era sempre più affermato quel concetto erroneo, che la giurisprudenza classica avea bensì enunciato, ma nella pratica poco applicato e spesso smentito, che l'usufrutto sia una servitù al pari delle servitù prediali, egli estese la publiciana e la sua conversione in una vindicatio a tutte le servitù prediali, facendo così la tradizione il modo generale d'acquisto sia per le cose corporali che per le incorporali, a cui prima occorreva la mancipatio e la in iure cessio.

7. Per far valere la tradizione per tutte le servitù alla pari, egli dovea però affermare un concetto di tradizione e quindi di possesso del diritto, che la giurisprudenza classica avea sempre negato. Questo concetto glielo diede un'erronea interpretazione di Iavoleno. Questi avea detto, e fu il solo a dirlo, che l'usus iuris sostituisce la tradizione; Giustiniano intese che l'usus iuris è come una tradizione. Così nasceva l'idea del possesso delle servitù inteso come esercizio del diritto.

La giurisprudenza romana questo quasi possesso non lo conosceva. Essa opera in certi casi, che ho indicati, coll'usus iuris; ma essa non ha la menoma idea del quasi possesso delle servitù, come alcun che di affine al possesso di cosa, onde gli istituti, che presuppongono il possesso, si possano applicare ad esse. E questo è l'essenziale. Che Ulpiano dica: habere precario videtur qui possessionem vel corporis vel iuris adeptus est (l. 2, § 3, D. 43, 26) e altrove: tuendum esse eum qui hoc ius possedit (l. 2. D. 8, 4) che Celso parli di " ius fundi [eundi?] possedisse „ (l. 7, D. 43, 19) che Ulpiano ancora scriva: sciendum tamen in his servitutibus possessorem esse eum iuris et petitorem (l. 6, § 1, D. 8, 5),[1] che Iavoleno dichiari: ego puto usum eius iuris pro traditione esse (l. 20, D. 8, 1) non vuol dir nulla. Tutte codeste frasi hanno secondo i testi significati varî; nessuna esprime l'idea fondamentale del quasi possesso: che l'esercizio di un diritto reale è possesso sostanzialmente identico al possesso di cosa onde gli istituti che si connettono a questo possesso si possono applicare a quello.[2] Tanto meno significano ciò le frasi che troviamo usate per l'u-

[1] Il testo corrotto e quindi oscuro non può in ogni caso riferirsi che alla posizione di convenuto nel processo, perchè é della posizione delle parti nella confessoria in rem actio che il testo parla.

[2] Parlerò al capo seguente di l. 5 § 3 D. 43. 19; l. 10 pr. D. 8, 5. Quanto a Gaio IV § 139 e pr. I. 4. 15 è chiaro che si riferiscono alla quasi possessio dell'usufruttuario, di cui parlo sopra nel testo. Del tutto insignificante è l. 3 § 2 D. 43. 19. L. 10 C. 7. 32, oltre che essere legge d'epoca postclassica, non conta, perchè anche gli avversarî ammettono che la " possessio quae iure consistit „ ivi nominata può non essere il quasi possesso. V. BOSSERT, Das Wesen des Servitutenbesitzes pag. 6 n. 12. Ommetto di parlare di l. 45, D. de damno infecto 39, 2, perchè la possessio, di cui vi si parla, non è evidentemente della servitù, ma dell'edificio.

sufruttuario o per l'usuario. Papiniano scrivendo: ad exemplum interdicti, quod fructuario proponitur, defendendus erit quasi loco possessoris constitutus qui usum cenaculi accepit (l. 27, D. 39, 5) e Ulpiano: item ei qui per captivitatem fundi possessionem vel usus fructus quasi possessionem amisit succurrendum esse Papinianus ait (l. 23, § 2, D. 4, 6) qui usus fructus nomine qualiter qualiter fuit in possessione (l. 3, § 17, D. 43, 16) idem erit probandum et si usus (fructus *del.)* quis sibi defendat possessionem (l. 4 D. 43. 17) non si riferiscono neppure essi all'esercizio del diritto: esprimono semplicemente questa idea che chi detiene la cosa corporale a titolo d'usufrutto è quasi nella condizione di chi la detiene a titolo di proprietà. Tutte queste frasi sono così innocue che è assolutamente a meravigliare come mai si abbia potuto credere che esse bastino ad ammettere nei giuristi classici l'esistenza di un concetto, che tutti dal primo all'ultimo negano, come vedemmo sul principio di questo capo, con termini che non si saprebbe desiderare più espliciti. [1]

L'idea del quasi possesso è idea giustinianea. Per questo noi non troviamo mai traccia nelle fonti classiche di una teoria o anche solo una definizione o di una esemplificazione di esso. L'unico esempio di quasi possesso di servitù lo contiene la nostra l. 11, § 1, D. 6, 2 nella frase “forte si per domum quis suam passus est aquae ductum transduci„ e l'esempio è sbagliato. [2] Per questo noi troviamo che solo Giustiniano ap-

[1] Le ipotesi escogitate per conciliare codesto diniego e l'interpretazione data alle frasi in discorso, secondo la quale i giuristi avrebbero avuta l'idea del possesso delle servitù, non meritano di essere discusse. Supporre che i giuristi negassero in quel modo la possibilità del possesso delle servitù solo perchè la parola possesso per loro esprimeva il possesso di cosa corporale (BOSSERT, *op. cit.*, pag. 6) è assurdo. Altrettanto è assurdo pensare a una divergenza d'opinioni tra i giuristi come fa l'ELVERS, *op. cit.*, pag. 672-812. poichè negano la possibilità di possedere le servitù precisamente quei giuristi stessi, che poi usano codeste frasi.

[2] La conseguenza di questo stato delle fonti si ripercuote sulle teorie moderne sul quasi possesso, che sono tutte incerte e contraddittorie sul concetto di quasi possesso, sul modo di avvicinarlo al possesso di cosa, sulla possibilità di possedere tutte le servitù o solo alcune, sul rapporto tra il quasi possesso e l'usus iuris delle nostre fonti ecc. Fare la teoria romanistica di un istituto, che i romani non ebbero, è veramente impresa molto difficile.

plica l'interdictum quod legatorum contro chi eserciti una servitù prediale.

L. 1, § 8, D. quod leg. 43, 3. Ulp. lib. 67 ad ed. Unde est quaesitum, si usus fructus vel usus fuerit alicui relictus eumque occupaverit, an hoc interdicto restituere sit compellendus. movet quod neque usus fructus neque usus possidetur, sed magis tenetur: potest tamen defendi competere interdictum. *idem dicendum est et in servitute relicta.*

Quest'ultima frase è evidentemente interpolata; per convincersene basta considerarne il posto, leggere il fr. vat. 90, e considerare che se si capisce che Ulpiano parli di " occupare „ l'usufrutto, perchè questa frase non significa che occupare la cosa usufruttuaria, non si capisce che ammetta anche una "occupazione „ di servitù prediale, come risulterebbe dalla frase stessa. Dove mai altrove appare l'idea di una occupazione che non sia di cosa corporale? L'"idem „ di questa legge vale evidentemente l'"item„ della l. 11 § 1 D. 6, 2. È sempre l'imperatore che con l'"item „ e con l'"idem„ estende alle servitù prediali per il nuovo concetto di possesso del diritto un principio che prima valea soltanto per l'usufrutto pel concetto ben diverso dell'affinità tra usufrutto e proprietà.

Il nuovo concetto avrebbe dovuto condurre Giustiniano ad estendere gli interdetti uti possidetis e unde vi, di cui godea l'usufruttuario, anche agli esercenti servitù prediali. Questo passo non lo fece. Ciò perchè a tutela dell'esercizio delle servitù prediali più importanti esistevano altri antichi interdetti. Egli si limitò invece a introdurre in questi la nuova idea del quasi possesso soltanto col presentarli per possessorî. Questo fece interpolando alla fine della l. 20, D. 8, 1, la frase: ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt. Iavoleno nella parte precedente della legge dice che, venduta una cosa, l'usus iuris è pro traditione. Ora seguiterebbe dicendo che " perciò „ sono stati introdotti gli interdetti quasi possessorî. È chiaro che questo perciò serve solo di mezzo ai compilatori per unire al testo di Iavoleno una nozione d'indole didattica. Questi interdetti non sono mai altrove chiamati " possessoria „ o " veluti possessoria „ ; essi non sempre presuppongono il solo usus iuris, ma talora l'esistenza del

diritto; quando suppongono l'usus iuris, non c'è indizio che questo sia stato concepito come un possesso delle servitù; essi furono indubbiamente introdotti in tempi remoti, quando qualunque storico del diritto romano deve ammettere che quest'idea che l' " usus " è " pro traditione " non era neppure balenata e non potea quindi essere ragione per introdurre codesti interdetti. Dunque Iavoleno direbbe uno sproposito storico.

8. Il modo d'acquisto delle servitù per la concessione dell'esercizio del diritto è dunque veramente creazione Giustinianea avvenuta per la ragione esposta come scopo, colla creazione del concetto di quasi possesso, come mezzo. Trovato il modo d'acquisto, bisognava darvi un nome. Per l'usufrutto, l'uso e l'habitatio correva benissimo il nome antico di traditio; ma per le servitù prediali no. Per queste, dove non si ha una consegna della cosa, dovea usarsi un altro termine; questo fu " patientia ". " Patientia " ricordava il " pati " così di uso frequente a indicare l'onere del proprietario serviente. Ed ecco il nome intero " traditio seu patientia ", nome didattico, scolastico, non sorto nella vita, che ha la funzione di spiegare ai giovani colla sua seconda parte: " patientia " la prima: " traditio "; questa era la parola che si riceveva dalla storia, quella l'aggiungeva a dilucidazione la scuola. Della differenza accennata in principio di questo capo, secondo cui " traditio " si avrebbe nel caso di permesso espresso e " patientia " nel caso di permesso tacito nelle nostre fonti non c'è il più lontano indizio.

Questo nuovo modo d'acquisto scaturito dalla publiciana Giustiniano lo disse " tuitione praetoris ". Effettivamente il pretore colla publiciana proteggeva l'usufrutto tradito dal domino, come se esistesse; l'usufrutto valea " tuitione praetoris ". Il nuovo modo Giustiniano lo appaiò, così alla costituzione pactionibus et stipulationibus. Egli non si accorse che nella stessa l. 11, § 1, D. 6, 2, destinata ad introdurre il nuovo modo d'acquisto [1] e che ci rivela il processo donde esso nacque, egli

[1] Infatti, come dissi, è questa la legge dove egli descrive esattamente il nuovo modo d'acquisto; vi si distingue esattamente le servitù

ci lasciava la prova della falsità che diceva nella l. 1, pr. D. 7, 4 presentando il nuovo modo come valente “ tuitione praetoris „. La legge 11, § 1 dice che compete la publiciana sempre che la servitù sia stata costituita per tradizione. Ma l'editto publiciano giustinianeo limita la publiciana al caso di tradizione a non domino. Vuol dire che il nostro testo suppone che la publiciana competa nel caso solo di traditio servitutis a non domino. Allora però se la servitù era stata tradita a domino, che azione competeva? Per Giustiniano dovrebbe essere la confessoria. Ma la confessoria è azione civile; e allora si deve dire che non è tuitione praetoris che la servitù vale. Effettivamente la cosa è così: la tuitio praetoris non resta formalmente nel diritto giustinianeo che limitata alla tradizione non a domino; nel caso di tradizione a domino si ha un modo civile d'acquisto della servitù e un'azione civile, nella stessa guisa che si ha un modo d'acquisto civile e un'azione civile nel caso di acquisto per tradizione di una res mancipi a domino. Giustiniano ci dice così il falso quando dice in l. 1, pr. D. 7, 4. che le servitù tradite sono costituite tuitione praetoris. L'usufrutto tradito valea veramente tuitione praetoris al tempo classico in ogni caso, fosse tradito a domino o a non domino, perchè nei due casi sempre competeva la publiciana, e questa competeva perchè l'usufrutto non era “ constitutus „. Ma così non è più al tempo di Giustiniano. Questi seguita dunque a qualificare come protezione pretoria la tutela accordata all'usufrutto e alle altre servitù tradite, quando invece, riformando l'editto publiciano, ha convertito un caso, il precipuo, di usufrutto pretorio, in usufrutto civilmente costituito.

Tutto questo è accaduto per non avere Giustiniano rispetto alle servitù fatto quello che fece per la proprietà. Per questa in leggi apposite abolì la distinzione tra res mancipi e nec mancipi ed estese a tutte la tradizione. Per le servitù ricorse all'infelice mezzo di un'interpolazione della nostra l. 11, § 1.

personali (usufrutto), le prediali urbane, le rustiche, si dice il nome intero del modo d'acquisto (per traditionem constitutis vel per patientiam) si spiega con un esempio in che consiste la tradizione o la patientia.

Perchè Giustiniano non abbia riformato l'acquisto delle servitù nel modo fatto per la proprietà è facile intendere. La tradizione di cosa corporale nec mancipi era modo d'acquisto civile della proprietà, benchè appartenente all'ius gentium. E Giustiniano poteva, estendendola alle res mancipi, presentarla come modo d'acquisto civile. Per le servitù invece c'era un insegnamento antico e fermo, che per tradizione è impossibile acquistarle. Egli credette quindi di girare l'ostacolo, presentando la tradizione delle servitù come un modo pretorio, e creando così per noi, se gli credessimo, questo problema: se il pretore proteggea la servitù tradita a domino e a non domino colla publiciana, allora come va che l'editto publiciano nei digesti suppone tradizione a non domino? Se invece proteggea colla publiciana la servitù tradita a non domino soltanto in conformità a codesto editto, che azione accordava se era tradita a domino? Nessuno saprebbe dirlo.

La tradizione delle servitù è dunque effettivamente frutto della riforma portata da Giustiniano nell'acquisto delle cose e quindi nell'editto publiciano. Essa è la riforma stessa dei modi d'acquisto del dominio trasportata nel campo delle servitù, movendo dal nesso che i classici aveano posto tra proprietà e usufrutto rispetto alla tradizione.

9. Conviene aggiungere che non è un bel frutto. Ragioni pratiche per ammettere la traditio servitutis come modo di acquisto delle servitù non ne esistono; ne esistono per non ammetterla.

Come concepire l'esercizio delle servitù trattandosi di servitù negative? La soluzione che il possesso ne sia acquistato quando il vicino si sottopone al divieto del titolare di fare qualche cosa rinvia la tradizione al momento, in cui al vicino verrà la tentazione di fare qualche atto contrario al diritto da costituire. È possibile che chi compera una servitus altius non tollendi attenda l'eventualità di questo atto e l'altra anche più incerta che il vicino si sottometta al suo divieto per acquistare il diritto? Che se si accetta l'altra soluzione che il diritto sia tradito quando si comincia a goderne, la tradizione finisce col coincidere pel tempo col momento, in cui sorge la causa di essa, ad es. in cui è compiuta la vendita, e la tradi-

zione stessa come atto esteriore svapora, si perde nel nulla. In realtà allora non resta che la causa.

Nel caso di servitù positive, l'esercizio di esse ha luogo spesso molto tempo dopo la causa; l'acquirente in questo frattempo rimarrà quindi privo della servitù; è ciò pratico? E quando anche abbia luogo l'esercizio, si sa che spesso coll'esercizio non si copre, dirò così, tutta l'estensione del diritto acquistato. Si esercita la servitù in parte; pel resto si attende l'occasione di esercitarla. Si è così ridotti o ad ammettere acquistata via via una servitù col modo risultante dall'esercizio e a pensare quindi una tradizione, che si compie solo continuamente in lungo corso di tempo; o a completare col titolo ciò che manca all'esercizio; a dare cioè all'esercizio anche limitatissimo il significato di tradizione intera del diritto nell'estensione determinata dal titolo. La prima soluzione non è pratica; la seconda sostituisce effettivamente alla tradizione il titolo. Nell'un caso e nell'altro il modo d'acquisto si rivela vizioso. Tale appare anche in relazione alla tolleranza. Non è sempre facile distinguere la tolleranza fatta per convinzione che a chi esercita il contenuto della servitù spetta il diritto di ottenerne l'esercizio e diretta così a costituirgli il diritto di servitù stesso, dalla tolleranza a cui sta a base l'idea di una concessione precaria. Se è ad es. il venditore della servitù, che tollera l'esercizio, potremo interpretare col titolo la sua tolleranza come tradizione. Ma se è il suo erede, che dell'esistenza della vendita può non saper nulla, a che segni distingueremo la tolleranza, che è tradizione, da quella che non è tale? Notisi poi che siccome l'esercizio, prima di essere completo, spesso deve risultare di una quantità d'atti esercitati a vari intervalli di tempo, bisogna per avere la tradizione completa, che il concedente sappia di tutti gli atti e tutti li tolleri. Neppure questo è pratico. Possibile la tradizione diventa solo supponendo che la tolleranza per un atto autorizzato dal titolo di concessione esprima tolleranza di tutta la servitù, così che ad es., venduto l'actus, il tollerare il passaggio a piedi esprima tolleranza dell'actus intero. Ma così si finge una tolleranza pel più, che in realtà non si è manifestata.

Da qualunque parte si guardi questo modo d'acquisto, esso appare dunque veramente un'infelice creazione, che non soddisfa a nessun bisogno e che presenta una quantità d'inconvenienti. Esso si rivela come un prodotto non della vita giuridica romana, ma di un'arbitraria disposizione di un legislatore, che volle stabilire nel campo delle servitù un modo analogo al modo universale d'acquisto stabilito per la proprietà, ossia la tradizione.

Tanto più questo appare, quando si considera i modi civili d'acquisto delle servitù. Questi sono di facile uso; tale è persino, checchè ne dica Gaio, l'in iure cessio; questi permettono una esatta determinazione del diritto; questi concedono una chiara manifestazione della volontà di costituire e di acquistare le servitù; questi sono atti giudiziali o almeno pubblici e quindi sono di facile prova; questi soddisfano in somma a tutti i requisiti richiesti per un atto di costituzione di diritti tanto importanti e tanto pregiati. Come supporre che a fianco a questi modi il pretore ne ponesse uno tanto vizioso, alterando il diritto civile per istituti eminentemente civili, e ponendosi in conflitto con una giurisprudenza così concorde nel negare la possibilità di un possesso di cose incorporali?

I difetti notati della tradizione delle servitù non li avea invece la tradizione dell'usufrutto; essa non è traditio iuris; è tradizione di cosa: atto esteriore, istantaneo, preciso. L'analogia tra chi comperò l'usufrutto ed ebbe tradizione della cosa e chi comperò la cosa e ne ebbe la tradizione è legittima. Opportunamente giurisprudenza e pretore concordi accordarono perciò come utile la publiciana. Così non introducevano un modo d'acquisto non riconosciuto dal diritto civile, ma tutelavano l'interesse di chi avea acquistato l'usufrutto. Questo era diritto veramente pratico.

Il quale diritto Giustiniano non abolì fortunatamente, ma creando così una contraddizione, che ci è rimasta nelle fonti. Poichè mentre la tradizione delle servitù da lui ammessa importa che sempre deva consistere nella tolleranza dell'esercizio del diritto, effettivamente questo concetto non lo applica all'usufrutto; per questo egli non esige la tolleranza che l'usufruttuario usi, percepisca i frutti; per questo egli lascia in-

tatti i testi, dove effettivamente la tradizione dell'usufrutto è fatta coincidere soltanto colla consegna della cosa. Così per l'usufrutto la tradizione è una cosa e per le servitù prediali è un'altra.

10. Confrontando i due diritti classico e giustinianeo, si vede ora che l'uno fu rispetto al possesso delle servitù e gli istituti relativi così consequenziario nel negare come l'altro nell'ammettere. L'uno nega il possesso delle servitù, nega quindi per esse gli interdetti possessorî, l'interdetto quod legatorum, la tradizione, l'usucapione. Giustiniano ne ammette il possesso; quindi, se non estende gli interdetti possessorî alle servitù, qualifica però per veluti possessoria gli antichi interdetti ad esse speciali, estende ad esse l'interdetto quod legatorum, ammette la tradizione delle servitù e, come vedremo, ne ammette l'usucapione. La consequenziarietà è in generale vizio nel diritto, perchè impedisce di provvedere ai bisogni pratici tanto disformi. Ma la giurisprudenza romana e il pretore ai bisogni pratici provvedevano, facendo una condizione speciale all'usufruttuario, rispetto al possesso, mantenendo per alcune servitù gli interdetti a tutela del loro esercizio, per altre giovandosi del concetto che "servitutes quae in superficie consistunt possessione retinentur" (l. 20 pr. D. 8, 2.), ammettendo, come vedremo, la forza presuntiva della "vetustas" per certe servitù. La giurisprudenza e il pretore aveano inteso cioè che non tutte le servitù vanno trattate alla pari. Giustiniano invece, acquistata l'idea del quasi possesso, non badò a differenza di contenuto fra servitù e servitù. Egli mantenne bensì lo stato di diritto antico (fatta eccezione per l'int. quod legatorum) rispetto agli interdetti a tutela dell'esercizio del diritto (benchè falsandone la base), ma quanto alla tradizione e all'usucapione non fece differenze. Dell'opera sua riformatoria è caduta la parte che quì abbiamo studiato: la tradizione. Che le servitù siano costituite per tradizione non è ammesso infatti almeno dal codice napoleone e derivati. Questa creazione giustinianea della quasi tradizione fatta senza bisogno per mera analogia della tradizione di cosa corporale non meritava altra sorte. Rimase il concetto di quasi possesso e rimase l'acquisto per prescri-

zione ma col debito riguardo alle differenze che corrono tra servitù e servitù. Per questo rispetto del saper distinguere i diritti odierni sono più vicini al mondo classico che al giustinianeo.

III.

Longi temporis praescriptio.

1. Quanto ho scritto nel capitolo precedente dimostra già di per sè pienamente che il pretore non si è mai sognato d'introdurre la l. t. p. per le servitù. Che questa non sia esistita ce lo dicono implicitamente le fonti genuine, non qualificando per servitù costituite tuitione praetoris che le servitù costituite per convenzione sui fondi provinciali. Corrisponde a questo fatto l'altro che nelle fonti non si trova cenno di una parte speciale dell'editto, ove di questa prescrizione fosse parola e l'altro ancora che in nessun luogo, eccettuata la l. 12, § 4, C. 7, 33, di Giustiniano, si trova mai usata in relazione alle servitù l'espressione di longi temporis praescriptio o longae possessionis praescriptio. Questi due fatti notati già dall'Unterholzner [1] si possono privare d'importanza, se si considerano a sè, obbiettando, come fa l'Ascoli, [2] che

[1] V. le citazioni in ASCOLI. L'usucapione delle servitù nel diritto romano; estratto dall'Archivio giuridico vol. XXXVIII; pag. 24. L'Unterholzner (II, pag. 143), considerato che l'editto non parlava di l. t. p. rispetto alle servitù e considerato pure che non v'ha menzione di un senatus consulto che l'abbia introdotta, mentre certamente non fu introdotta dalla legge (altrimenti, egli dice, la l. 10 D. 8. 5 non parlerebbe di utilis actio) ritiene che sia stata la pratica giudiziaria ad introdurre la l. t. p. delle servitù, estendendo a queste il diritto della prescrizione, che valse per le cose corporali. È chiaro però che la pratica forense non potea introdurre un nuovo modo d'acquisto delle servitù in contraddizione col diritto civile e senza base nel pretorio. Perciò i più attribuiscono al pretore la l. t. p. delle servitù. Questa è veramente l'unica opinione, dirò così, presentabile. E di questa sola quindi mi occupo nel testo.

[2] *Op. cit.*, loc. cit.

nelle fonti tutto non si trova, e che le frasi: longae possessionis consuetudo, praerogativa, tempore acquiri sono equivalenti a quella espressione deficiente; ma se si coordinano a quel primo, essi appaiono come conseguenza o manifestazione evidente dell'inesistenza della l. t. p. delle servitù. Si aggiunga che neppure i compilatori, che pure estesero l'idea di servitù costituite tuitione praetoris a quelle costituite per tradizione, parlano mai di tuitio praetoris per la l. t. p. Da ultimo manca per credere all'esistenza della l. t. p. delle servitù anche l'analogia della l. t. p. della proprietà. In quanto infatti possiamo fare la storia di questa prescrizione, noi sappiamo che la l. t. p. era stata introdotta per surrogare l'usucapione, che era impossibile sui fondi provinciali ed era stata introdotta in forma di eccezione. In questa forma difensiva la l. t. p. è veramente istituzione pretoria. Si dice che venne il giorno, in cui all'eccezione si sostituì l'azione.[1] Poniamo che ciò sia vero. Ci informerebbe del fatto Giustiniano, scrivendo in l. 8 pr. C. de praescr. XXX vel XL ann. 7, 39: posse eum etiam actionem ad vindicandam eandem rem habere sancimus. hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant. L'informazione della l. 13, § 1, D. de iureiur 12, 2. Ulp. lib. 22 ad. ed.: Iulianus ait eum, qui iuravit fundum suum esse, post longi temporis praescriptionem etiam utilem actionem habere debere, non ha valore. Ulpiano stesso nella l. 11, § 1, D. eod. accorda l'actio in factum a costui senza richiedere che abbia avuto luogo la longi temporis praescriptio. E veramente o la l. t p. producea l'azione e allora a che il giuramento? O la producea il giuramento e allora a che la l. t. p.? La menzione della l. t. p. ha così tutto il carattere di un'interpolazione della quale non va tenuto alcun conto.[2] Non abbiamo dunque che quel testo giustinianeo; ora in esso si dice che le "leges" e non il pretore hanno accordato l'azione e anche queste leggi non esplicitamente ma implicitamente in maniera oscura. Dunque la stessa

[1] È completamente immaginario che quest'azione fosse la publiciana; questa protesse la tradizione e non la prescrizione.
[2] Concorda Lenel Palingenesia n. 673.

l. t. p. rispetto alle cose corporali non ebbe efficacia acquisitiva per opera del pretore. Stando così le cose, come si può ritenersi autorizzati ad attribuire al pretore l'efficacia acquisitiva della l. t. p. nelle servitù? Volendo pur credere all'esistenza di questo modo d'acquisto, bisognerebbe in ogni caso ricorrere all'ipotesi che quelle stesse " veteres leges „ che hanno dato efficacia acquisitiva della proprietà alla l. t. p., hanno dato ad essa la stessa efficacia anche rispetto alle servitù. Ma vorrà dire che questo acquisto sarà sempre un modo civile di acquisto e non pretorio, come è un modo civile d'acquisto la l. t. p., in quanto appunto per codeste " veteres leges„ acquistò efficacia acquisitiva, rispetto alla proprietà. Più importante è il fatto che la l. t. p. del dominio nella sua efficacia difensiva fu ammessa dal pretore come un surrogato, per quanto insufficiente, della usucapione ammessa dal diritto civile sui fondi italici e non ammessa sui fondi provinciali. L'innovazione del pretore ha così la stessa ragione di essere dell'introduzione dei patti e delle stipulazioni come modi d'acquisto delle servitù nelle provincie, al posto della mancipatio e della in iure cessio ammesse pei fondi italici e non pei fondi provinciali. Si tratta sempre d'introdurre per i fondi provinciali dei surrogati ad atti ammessi per i fondi italici e non ammessi per quelli. Ma l'usucapione delle servitù non era ammessa sui fondi italici. Donde potea trarre quindi il pretore l'esempio e la ragione per creare nella l. t. p. acquisitiva delle servitù un modo d'acquisto delle servitù che dovea valere, come si sostiene, per tutti i fondi sia italici che provinciali? C'è di più. Non solo l'usucapione delle servitù sui fondi italici non era ammessa; ma, mentre un tempo era stata lecita, la legge Scribonia la aveva abolita. L'abolizione dev'essere stata compiuta mediante un divieto di usucapire le servitù, mediante cioè una dichiarazione che di esse non è ammessa usucapione. Essa deve essere stata concepita come la legge delle dodici tavole, come la legge Iulia e Plautia delle quali Gaio 2,45 ci dice: " nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia „. Come ora il pretore rispettò sempre queste leggi proibitive (l. 9, § 5, D. de publ. act. 6, 2. — l. 1 Cod. de serv. fug. 6, 1) così deve avere

sempre rispettato quella;[1] ciò a parte pure ogni considerazione generale sulla sottomissione del pretore alla legge. Il divieto dell'usucapione dovea poi derivare da motivi pratici e non dall'idea teorica che l'usucapione presuppone il possesso e che cose incorporali non si possiedono. Tanto meno potea essere questo il motivo del divieto, in quanto che quell'antica usucapione dovea, se mai, essere fondata sull'usus iuris o sulla idea del possesso di una cosa corporale: l'iter, l'actus, la via, la cloaca[2]. Questi motivi pratici doveano continuare a valere anche se e quando si fosse dai giuristi acquistata l'idea del quasi possesso e quindi fosse apparsa la possibilità di una l. t. p. Neppure i giuristi poteano pensare che essendo l'antica usucapione fondata sull'uno o l'altro di quei due concetti, la nuova fondata sul possesso fosse compatibile con il divieto della lex Scribonia. Queste differenze sul modo di concepire il fatto, che dà origine col tempo all'acquisto del diritto, non sono tali da eliminare la contradizione tra la l. t. p. e la legge Scribonia, perchè appunto questa evidentemente voleva che dal fatto non nascesse col tempo il diritto, ma che questo derivasse da un atto giuridico diretto alla sua costituzione; e da questo punto di vista le differenze nell'idea del fatto, in ogni caso praticamente presso che nulle, non hanno alcun valore.

Così tutto sta contro alla l. t. p. delle servitù come modo pretorio d'acquisto di esse e noi dobbiamo ritenere quindi come cosa certa che il pretore rispettò il principio che servitù non si possiedono, non ammettendo affatto una l. t. p. di esse, la quale suppone l'idea contraria ossia che cose incorporali si possono possedere. Questa l. t. p. non può essere che innovazione giustinianea.[3] Il nostro compito è oramai molto semplice: si riduce a raccogliere i testi che furono citati in relazione all'acquisto delle servitù mediante il possesso e ad estrarre da essi il vero stato del diritto classico e le susseguenti riforme giustinianee.

[1] L'osservazione è antica: v. ASCOLI, *op. cit.*, pag. 20.
[2] Alludo evidentemente alla teoria del Voigt circa l'origine delle servitù prediali, sulla consistenza della quale riserbo il mio giudizio.
[3] L'idea è antica; quanto segue non ne è che uno svolgimento nuovo. Cfr. UNTEROLZNER, II, pag. 142, n. 624.

2. L. 43, § 1, D. a. r. d. 41, 1. Gaio lib. 7 ad ed. Incorporales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est.

Giustiniano ha lasciato intatto questo testo, perchè rimanea riferito a suo avviso nell'insieme della compilazione alla tradizione in senso materiale e non alla quasi tradizione, all'usucapione e non alla l. t. p.

L. 14, pr. D. de serv. 8, 1. Paolo lib. 15 ad Sab. servitutes praediorum rusticorum etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt et ideo usu non capiuntur *vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem: nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio eius interpellari videatur.* idem et in servitutibus praediorum urbanorum observatur.

Credo che la compilazione giustinianea non contenesse che la parte di questo testo non sottolineata e che questa vi sia stata inserita, perchè appunto parlava di usucapione e non di l. t. p. Le parole sottolineate sono un glossema. Neanche Giustiniano può aver dato per l'inusucapibilità di tutte le servitù un motivo, che importerebbe l'impossibilità anche della l. t. p. per tutte le servitù discontinue, mentre egli non fa rispetto alla l. t. p. differenza alcuna tra servitù e servitù. Del resto che queste parole siano interpolate è evidente. Non si può pensare modo più assurdo di scrivere di quello che risulta da "et ideo .... vel ideo", dove il primo "ideo" serve di passaggio a dire la conclusione e il secondo a dire un nuovo motivo. Inoltre questo secondo motivo è in contraddizione col precedente. Paolo dice che le servitù non si usucapiscono, perchè sono cose incorporali e, si sottintende, perchè, essendo cose incorporali, non si possono possedere. È egli infatti a scrivere: possideri autem possunt quae sunt corporalia (l. 3, pr. D. 41, 2); nec possideri intellegitur ius incorporale (l. 4, § 26, D. 41, 3). In queste parole invece si ammette la possibilità di una "possessio" delle servitù.

L. 10, § 1, D. de usurp. et usuc. 41, 3. Ulp. lib. 16 ad ed. Hoc iure utimur ut servitutes per se nusquam longo tempore capi possint, cum aedificiis possint.

Indubbiamente, come altri notò,[1] il testo originario diceva "usu capi" e non "longo tempore capi". Nella sua forma originale il testo si può spiegare. Le servitù sono inusucapibili, ma in quanto la servitù è incorporata in una condizione del nostro edificio rispetto all'altrui, chi possiede l'edificio possiede in certo modo la servitù (l. 20, pr. l. 32, § 1 D. s. p. u. 8, 2) e implicitamente, usucapendo l'edificio, usucapisce la servitù. Dal punto di vista giustinianeo il testo è inesplicabile. Probabilmente fu inserito per una svista. Certo esso non ha nulla a che fare nè coll'argomento che precede nel brano stesso, che è se la buona fede in caso di compravendita deve sussistere al momento della compera o della tradizione; nè coll'argomento che sussegue, che risguarda l'usucapione del parto d'animale furtivo concepito presso l'erede del ladro.

Questi tre testi confermano la nostra idea che la giurisprudenza classica non pensava che all'usucapio servitutis, per negarne la possibilità. Gli accenni in due di essi alla possessio servitutis, alla longi temporis praescriptio sono di origine bizantina.

Non osta a questa conclusione

L. 28, D. s. p. u. 8, 2 Paolo lib. 15 ad Sab. Foramen in imo pariete conclavis vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse neque tempore adquiri placuit. Hoc ita verum est ecc.

Infatti qui si parla benissimo di "tempore adquiri", ma il brano non è di Paolo; è di Sabino, che a sua volta lo prese da Q. Mucio Scevola (cf. la l. 29 seg.). Quindi si riferiva all'antica usucapio e non alla l. t. p., che nessuno sostiene sia esistita al tempo di Q. Mucio.

3. Mentre i classici negavano la possibilità di acquistare col tempo le servitù, alla lunga durata[2] dell'esercizio nec vi nec clam nec precario della servitù d'acquedotto attribuivano questa efficacia, che chi pure non potea provare d'avere acquistato

[1] V. Ascoli, *op. cit.*, § 3.

[2] Lascio da parte la questione se il tempo dovea essere immemorabile o no perchè la questione qui non interessa.

il diritto con uno dei modi riconosciuti dal diritto civile o dal pretore, tuttavia era protetto nell'esercizio della servitù. L'idea legislativa che sta a base di questa disposizione era che la vetustas sostituisce la prova dell'esistenza di un modo d'acquisto del diritto. Essa non prova che il diritto sia stato acquistato; ma crea una verisimiglianza che sia stato acquistato; la servitù acquista in questo senso pel fatto della vetustas "auctoritatem"; quindi va protetta. Essa non sorge pel fatto della vetustas, ma è protetta per la presunzione che già esista. In questo senso parlerò d'ora innanzi di carattere presuntivo della vetustas. Tanto risulta anzi tutto da

L. 3, § 4 D. de aq. cott. et aest. 43, 20 Pomp. lib. 34 ad Sab. Ductus aquae, cuius origo memoriam excessit, iure constituti loco habetur.

L. 26, D. de aq. pl. 39, 3. Scaev. lib. 4 resp. Scaevola respondit solere eos, qui iuri dicundo praesunt, tueri ductus aquae, quibus auctoritatem vetustas daret, tametsi ius non probaretur.

Questi due testi, l'ultimo sopra tutto, hanno posto in grave imbarazzo i sostenitori della l. t. p. classica delle servitù. Credo inutile occuparmi del modo, con cui hanno cercato di vincere la difficoltà. Il lettore converrà che se Q. Cervidio Scevola, che scrive i suoi responsi al tempo di Settimio Severo, attribuisce alla vetustas soltanto un carattere presuntivo, mentre si tratta di acquedotti, dunque di una servitù positiva, apparente, importantissima, antichissima, che par fatta apposta perchè prima che per altre si ammetta per essa la prescrizione acquisitiva, vuol dire che al suo tempo di una tale prescrizione delle servitù non c'era il menomo principio.

4. Non può essere quindi che interpolato quell'unico testo di Ulpiano, dove si esprime apertamente l'idea che la vetustas, l'uso prolungato serve ad acquistare ogni servitù. È impossibile infatti che dai responsi di Q. Cervidio Scevola al commento di Ulpiano all'editto, lo spazio di non più di dieci anni, la l. t. p. delle servitù sia nata e si sia sviluppata fino ad abbracciare tutte le servitù. Se Ulpiano esprime l'efficacia acquisitiva del lungo uso ciò vuol dire adunque una cosa sola: che il commento dell'editto di Ulpiano ha servito anche questa

volta, come moltissime altre, a ricevere le innovazioni giustinianee. Il testo è:

L. 10, D. si serv. vind. 8, 5 Ulp. lib. 53 ad ed. Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario possedisse § 1. Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum etiam cum omnibus agi poterit, quicumque aquam non ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium. et generaliter quicumque aquam ducere impediat hac actione cum eo experiri potero.

" Diuturno usu et longa quasi possessione " è frase di carattere bizantino. " Sed utilem habet actionem ut ostendat " è una frase errata: da " habere actionem " non può dipendere un " ut " col significato di " purchè, a condizione che ". " Per annos forte tot " è corretto, ma non corrisponde all'esistenza della l. t. p., che dovea compiersi, dato che fosse esistita, in un numero fisso d'anni. " Usum se.... possedisse " I classici non dicono " possidere usum "; " usum " di che poi? " Exemplo ceterarum servitutium " è un'appendice a scopo di generalizzazione del tutto assurda; non possono le altre servitù servire di esempio per una tra le più importanti e le più antiche come l'acquedotto. " Et generaliter ecc. " è proposizione che ripete inutilmente il già detto.

Tutto il testo è manifestamente corrotto adunque. Ma il suo vizio maggiore sta nel difetto di logica, che c'è nel principio. Vi si dice: se alcuno *ha acquistato il diritto* di condurre acqua col diuturno uso, non ha bisogno di dimostrare di avere acquistato il diritto di condurla per legato o per altro modo. Questo non ha senso. Se la prescrizione fa acquistare il diritto, è un modo d'acquistarlo come gli altri, ed è assurdo dire che, acquistatala in quel modo, non occorre che io dimostri di averla acquistata in un altro.

Il testo originario non si può ristabilire, ma se ne intravede il senso sotto alle alterazioni giustinianee. Esso diceva: se alcuno ha esercitato lungamente il diritto di condurre acqua,

non ha bisogno di dimostrare il modo con cui lo acquistò; ma "*sufficit* ut ostendat per annos forte tot usum se esse (sc. servitute, aqua) non vi non clam non precario".

Da "exemplo ceterarum servitutium" in poi si ha tutta un' aggiunta giustinianea. Il principio della vetustà nella sua funzione di presunzione anche Ulpiano lo esprimeva soltanto rispetto all'acquedotto.

5. Interpolato dev'essere ed è anche un altro testo, dove non ci si dice così apertamente che il lungo uso fa acquistare il diritto, ma dove ci si dice che il lungo uso giova a procurare un'azione, se la servitù non fu imposta iure. Così infatti è implicitamente attribuito al lungo uso un'efficacia acquisitiva.

L. 5 § 3 D. de itin. actuque priv. 43, 19 Ulp. lib. 20 ad ed. Si quis servitutem iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest.

Tutto il testo è scritto dai compilatori. Il commento di Ulpiano all'interdetto de itinere reficiendo finisce, quanto alle persone a cui compete, col § 2 della stessa legge: hoc interdictum non solum ipsi, verum successoribus quoque esse dandum non est ambigendum : emptori quoque dabitur et in emptorem.

Questa è la solita sentenza con cui Ulpiano chiude il commento alle azioni rispetto alle persone a cui competono. Il nostro § 3 è dunque un'aggiunta d'altra mano. Questa aggiunta è in contraddizione coi termini stessi dell'interdetto. Questo suonava:. . quominus id iter actumque, *ut tibi ius esset*, reficias, vim fieri veto; supponeva adunque l'esistenza del diritto. Ciò posto, non poteva competere ad una persona, che "servitutem iure impositam non habeat", come il § 1 qualifica chi ha per sè solo il diuturnus usus. Essendo il testo tutto scritto d'altra mano e senza nesso con ciò che precede, qui l'ipotesi in cui vale il diuturnus usus non è già detto che sia "non ritrovarsi il titolo d'acquisto" come negli altri testi, ma senz'altro "non esistere il titolo d'acquisto". L'innovazione giustinianea è presentata nel suo vero significato ed importanza.

5. Abbiamo poi da ultimo un altro testo Ulpianeo concepito in maniera oscura, che si può interpretare nel senso che la vetustas abbia solo un carattere presuntivo, ma anche nel senso che abbia efficacia acquisitiva. Anche questo testo è interpolato.

L. 1, § 23 D. aq. pluv. 39 3. Ulp. lib. 53 ad ed. Sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur.

In questa legge la frase " habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur " si può, se si vuole, interpretarla nel senso che la longa consuetudo abbia carattere di presunzione; questa interpretazione avrebbe anche il pregio di concordare colla frase " ubi servitus non invenitur imposita ". Ma codesta frase si può anche interpretare nel senso che la longa consuetudo crei la servitù, traducendola così: " sembri che abbia avuto una servitù imposta colla longa consuetudo come iure ". Questo senso devono aver dato ad essa i compilatori. In ogni caso però di Ulpiano non c'è qui una sola parola. Basta a dimostrar ciò l'osservazione che il testo è inserito a forza entro un brano di Ulpiano, che tratta esclusivamente degli argini per regolare il corso dell'acqua piovana. Prima di questo brano c'è la sentenza " si tamen lex agri non inveniatur vetustatem vicem legis tenere ". Subito dopo questo brano c'è l'altro: " non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemur ". Il nostro brano non ci ha così a che fare colla trattazione d'Ulpiano: esso interrompe il suo discorso. Esso non è che un'avvertenza di carattere didattico, provocata dal fatto che poco innanzi (§ 22) Labeone qualifica l'actio aquae pluviae arcendae come " servitus ". Questa parola usata qui impropriamente induce l'interpolatore a fare il raffronto coll'influenza della " vetustas " nelle servitù. Influenza che egli determina in maniera incerta. Un po', per mantenere l'identità del principio, presenta anche nelle servitù la vetustas come presunzione, come avveniva nell'actio aq. pl. arcendae per la lex agri, che non si trovava; e un po' la presenta come avente efficacia costitu-

tiva del diritto, perchè questo era nell'intenzione dell'imperatore.

La frase citata "si tamen lex agri non inveniatur vetustatem vicem legis tenere „ è importante per noi, perchè dimostra ancora una volta che la "vetustas „ per i giuristi classici avea efficacia come presunzione solo per le acque. La vetustà, che Pomponio e Scevola limitano nella sua efficacia presuntiva agli acquedotti, qui la troviamo da un classico applicata colla stessa efficacia all'aqua pluvia. È sempre una norma particolare alle acque; è uno degli aspetti di quel diritto delle acque, che incidentalmente vado, in successivi studi, ricostruendo.

7. Delle leggi del codice comincio dal considerare la L. 2, C. de serv. et aqua 3, 34. Imp. Antoninus (a. 215). Si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti, servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti. quod si ante id spatium eius usus tibi interdictus est, frustra sumptus in ea re factos praestari tibi postulas....

Qui siamo innanzi ad un'ipotesi originale presa dal rescritto, a cui fu connessa una decisione dei compilatori. L'ipotesi del rescritto è: si aquam per possessionem Martialis eo sciente duxisti; la sentenza giustinianea: servitutem exemplo rerum immobilium tempore quaesiisti. Fra l'ipotesi e la sentenza non c'è nessun rapporto. Per usucapire la servitù in ogni caso non occorre che il proprietario serviente sappia dell'esercizio e occorre invece che l'esercizio abbia durato per un dato spazio di tempo. Nell'ipotesi è espressa ora la condizione non necessaria dell'usucapione (la scienza del proprietario serviente) ed è taciuta la necessaria (il tempo). Vuol dire che la sentenza sull'usucapione ne sostituisce un'altra, che era nel testo originario, e che avea la sua ragione nella conduttura costruita e goduta colla scienza del proprietario serviente. Che la sentenza che ora leggiamo sia giustinianea appare dal parlarsi senz'altro di acquisto della servitù col tempo; frase che esprime un acquisto di diritto civile e non pretorio, il solo che in ogni caso potesse esistere nel 215. "Exemplo rerum immobilium „ è altra frase che rivela anch'essa l'interpolazione giustinianea. Al tempo d'Antonino non esisteva la l. t. p.

acquisitiva degli immobili. Codesta frase non può essere quindi che di Giustiniano e si spiega benissimo, quando si ricordi che l'usucapione delle servitù fu introdotta da Giustiniano in connessione colla prescrizione degli immobili colla disposizione seguente:

L. 12, § 4, C. de praescr. longi temporis decem vel viginti annorum 7,33. Eodem observando et si res non soli sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usus fructus et ceterae servitutes.

E così si spiega anche perchè nel resto del testo si dica "quod si ante id spatium" mentre prima questo "spatium temporis" non è nominato. L'imperatore Giustiniano si riferisce alla sua costituzione citata.

Originariamente il rescritto dovea riferirsi probabilmente alle spese fatte per l'acquedotto. Se era stato costruito colla scienza del proprietario serviente e questi impediva poi l'esercizio, si aveva diritto di farsi risarcire le spese; se a sua insaputa, non si avea questo diritto. Che la questione vertesse sulle spese, che precisamente il richiedente domandasse queste sole risulta appunto dall'ultima parte del testo.

L. 1, C. eod. 3, 34 Imp. Antoninus (a. 211) — Si quas actiones adversus eum, qui aedificium contra veterem formam extruxit, ut luminibus tuis officeret, competere tibi existimas, more solito exercere non prohiberis. is, qui iudex erit, longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere sciet, modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet.

Credo sia impossibile dare un'interpretazione soddisfacente di questo testo.[1] Alcuno vuole agir contro chi alzò un edificio "contra veterem formam". A costui l'imperatore risponde che, se crede di avere delle azioni a tale scopo, può esercitarle "more solito". Che chi ha azione possa esercitarla, questo il richiedente lo sapeva anche prima che l'imperatore glielo dicesse. Fin qui il rescritto è chiaro adunque, ma appare anche insignificante. Il rescritto prosegue avvertendo che il giudice saprà che la longi temporis consuetudo

[1] V. le varie interpretazioni citate dall'ASCOLI op. cit. cap. II § 3.

tiene il luogo di una servitù. Questa avvertenza non si può interpretare naturalmente che come fatta nell'interesse del richiedente. L'imperatore lo avverte che l'essere stato l'edificio per lungo tempo basso; l'avere avuto esso prima dell'alzamento una "vetus forma" tiene luogo di una servitù, a favore del richiedente stesso. L'avvertenza così intesa è opportuna ed ha un senso soddisfacente. Viene da ultimo la proposizione "modo si is qui pulsatur nec vi nec clam nec precario possidet" e questa guasta tutto il rescritto. "Is qui pulsatur" significa comunemente: il convenuto. Secondo questo comune significato l'avvertenza riuscirebbe fatta a beneficio del convenuto. Ora non si vede perchè l'imperatore scrivendo ad uno, faccia un'avvertenza a favore dell'altra parte. Poi non si vede che "longi temporis consuetudo" starebbe a favore di questo convenuto, che alzò l'edificio "contra veterem formam". Per eliminare queste due difficoltà e fare che l'avvertenza sia a beneficio del richiedente, alcuni danno a "is qui pulsatur" il senso di "inquietato, danneggiato"; questi sarebbe l'attore, ai cui danni si alzò l'edificio. Ma allora non si sa che cosa possieda l'attore; il testo infatti non dice l'oggetto di "possidet". Si suppone da alcuni che possieda la servitù negativa altius non tollendi, o ne luminibus officiatur. Ma di un possesso di servitù negativa nelle fonti non c'è altra traccia. Poi si può supporre un possesso clandestino di tale servitù? Io credo che siamo innanzi a un testo alterato malamente dai compilatori o da un glossatore. Il rescritto finiva alla parola "sciet". L'interpolatore trovando una sentenza sulla longi temporis consuetudo che tiene "vicem servitutis" nel caso contemplato dall'imperatore, la interpreta come una sentenza generale sulla capacità della vetustas di tenere vicem servitutis in ogni caso e aggiunge di suo capo la restrizione menzionata così spesso dai classici in relazione agli acquedotti che cioè la servitù dev'essere esercitata nec vi nec clam nec precario. Solo, invece di parlare di esercizio, parla di possesso (possidet). E configura l'ipotesi normale di uno che possedendo la servitù nec vi nec clam nec precario sia convenuto colla negatoria. Così l'avvertenza dell'imperatore acquista un carattere generale; ma anche non si accorda colla fattispecie

prima considerata, cui l'interpolatore dimentica completamente. Chi voglia giovarsi di questo testo nella nostra materia non può quindi trarne altro se non questo: che sulla fine del tempo classico non si potea per disposizione pubblica alterare lo stato antico degli edifici; che questa vetustas faceva sorgere una servitù legale di non modificare l'edificio a danno dei vicini; che da ultimo invece di raffigurare questo stato di cose come servitù legale, derivante cioè dalla legge, l'imperatore Antonino lo raffigurò come effetto della vetustas in sè la quale creava la presunzione dell'esistenza di una servitù. La "longi temporis consuetudo" non è infatti neppure quì la "praescriptio longi temporis"; essa è la "vetustas" (vetus forma); e la frase "vicem servitutis obtinere sciet" esprime il concetto stesso che Pomponio esprime colla frase "iure constituti loco habetur" e Labeone per la lex agri colla frase "vetustatem vicem legis obtinere." Ma la raffigurazione che dà l'imperatore non corrisponde alla cosa. Il divieto di alterare lo stato antico degli edifici ha origine legislativa, non ha origine nella pratica forense (l. 11 pr. D. 8. 2); la legge creò una servitù legale, la quale trovandosi connessa a uno stato antico di cose e sostituendo pel suo contenuto una servitù ordinaria, parve equivalente a una simile servitù fondata sopra la presunzione derivante dalla vetustas. Non si tratta però che di equivalenza. Il rapporto vero si è che la vetustas non ci entra come presunzione; entra solo come elemento di fatto a cui la legge connette il sorgere di un diritto. Va da sè che meno che mai entra qui in gioco la l. t. p.[1]

8. La conclusione di questi testi pel diritto classico è adunque questa sola che codesto diritto avea ammesso che trattandosi di servitù d'acquedotto la vetustas dell'esercizio sostituisse la prova dell'esistenza di un modo d'acquisto quando l'esercizio avesse i caratteri di essere fatto neque vi, neque clam, neque precario. Questa prescrizione si collega a tutte

[1] Non mi pare che valga la pena di essere considerato un altro testo che si suol citare in questa materia ossia l. 25, § ult. D. quemadm. serv. am 8, 6. Da esso nulla può trarsi per ammettere o negare la prescrizione acquisitiva delle servitù.

le norme stabilite già dal diritto classico, perchè il possesso delle acque fosse rispettato e in particolare alla veduta prescrizione di Labeone. La tendenza al mantenimento dello statu quo continua nel diritto posteriore. Quando si legge la

L. 7 C. eod. 3, 34, Impp. Diocletianus et Maxim. a. 286. Si manifeste doceri possit ius aquae ex vetere more atque observatione per certa loca profluentis utilitatem certis fundis inrigandi causa exhibere, procurator noster, ne quid contra veterem formam atque solemnem morem innovetur, providebit,

si vede tosto l'origine della nostra prescrizione. Questa legge non prova che esistesse un acquisto della servitù col tempo, pel solo fatto che presuppone, per ammettere la conservazione dello statu quo, la dimostrazione dell'utilità dell'acquedotto per l'irrigazione. È a ritenere quindi che si trattasse di derivazioni d'acqua, che si voleano non alterate, mentre gli utenti non reclamavano alcun diritto, ma soltanto procedevano in via, come oggi si direbbe, di un reclamo amministrativo fondato sull'utilità della derivazione. Ma essa palesa quella cura di mantener lo statu quo in materia d'acque di cui ho detto. Rinvio il lettore al mio scritto sugli atti d'emulazione in materia di proprietà per la dimostrazione dello sviluppo dato da Giustiniano a questa tendenza.

Si capisce però che se così non era introdotta l'usucapione dell'acquedotto era aperta la via d'introdurla. Se la vetustas valea come presunzione in linea di procedura, in sostanza essa fungeva come un mezzo d'acquisto del diritto. Una volta che il tempo trascorso sostituiva la prova dell'acquisto del diritto, esso giovava come l'usucapione sia a chi godeva di una servitù giuridicamente acquisita, sia a chi godeva di una servitù non acquisita. Per questo la vetustas produceva un vero " tempore adquiri ". Certo le condizioni poste dal diritto classico alla efficacia della vetustas non hanno nulla a che fare coll'usucapione. Non si domanda la buona fede, non si domanda il titolo, non uno spazio determinato di tempo: si domanda soltanto un lungo esercizio nec vi nec clam nec precario. Ed è naturale; dal punto di vista di una surrogazione della prova del diritto, queste sono le condizioni indicate, sopra tutto quando la surroga è ammessa per non

alterare lo stato di possesso esistente rispetto alle acque. Di un uso così fatto si accontentava il pretore, per mantenere lo stato di possesso, finchè non fosse data la prova che all'utente non competeva il diritto, accordando all'utente stesso l'interdetto de aqua cottidiana et aestiva. E di un uso così qualificato ma esteso per un lunghissimo spazio di tempo dovea accontentarsi per mantenere lo stato di possesso a perpetuità. Ma ciò non toglie che non fosse posto questo precedente che una servitù almeno si acquistava di fatto col tempo.

7. È a questi precedenti che si connette l'usucapione giustinianea delle servitù.

Acquistata l'idea che le cose incorporali si possiedono, l'ammettere che quindi si usucapiscono, era una necessità. Il possesso è prevalentemente studiato dai romani in relazione all'usucapione. Questo rapporto rimane nella legislazione giustinianea, dove il titolo de acquirenda vel amittenda possessione segue al titolo sui modi di acquisto del dominio e precede il titolo sull'usucapione. Giustiniano dovea perciò ammettere l'usucapione delle servitù. Poteva scegliere fra le servitù quelle che si adattano ad essere acquistate coll'usucapione da quelle che non vi si adattano, come fece il nostro legislatore. Ma la sua riforma, derivando da un concetto scientifico anzi che direttamente da un bisogno pratico, si estese a tutte le cose incorporali, cioè a tutte le servitù. L'idea dell'usucapione dovea coprire esattamente l'idea del quasi possesso, e questa per Giustiniano copriva tutte le servitù.

Naturalmente siccome si trattava d'introdurre un nuovo acquisto col tempo, che il diritto classico non avea ammesso in forma d'usucapione, Giustiniano dovea presentarlo nella forma di longi temporis praescripio. Per le cose corporali, abolita l'usucapione antica, è la l. t. p. che rimane come usucapione giustinianea. Per le cose incorporali, in cui non c'era affatto usucapione secondo il diritto classico, non rimaneva che introdurre l'usucapione giustinianea, cioè la l. t. p. Di qui il testo, che abbiamo già riprodotto

l. 12 § 4 C. de praescriptione longi temporis decem nel viginti annorum 7, 33. Eodem observando et si res non soli

sint, sed incorporales, quae in iure consistunt, veluti usus fructus et ceterae servitutes.

Con questo testo Giustiniano introduceva così nel diritto una istituzione nuova. Dato il tenore della legge e la sua origine, è da ritenere ch'egli intendesse che all'usucapione delle servitù fossero applicati i requisiti dell'usucapione delle cose corporali. Disgraziatamente però egli non seppe coordinare a questa innovazione gli antichi testi classici sulla vetustas rispetto all'acquedotto.[1] Alcuni li lasciò intatti; altri li modificò per dare alla vetustas un effetto acquisitivo, ma lasciò intatta la parte ove si prescrive che l'esercizio sia fatto nec vi nec clam nec precario e che abbia durato un lungo spazio indeterminato di tempo, nè osò mai sostituire alle frasi, che descrivono la vetustas, l'altra: longi temporis praescriptio. Anche dove interpolò nei digesti un brano intero è la vetustas acquisitiva con codesti requisiti pel tempo e per l'esercizio, ch'egli presenta. Così nelle fonti abbiamo un cibreo; abbiamo la vetustas originaria col suo carattere presuntivo nei testi non alterati; abbiamo una vetustas che ha carattere acquisitivo negli interpolati; e abbiamo la l. t. p. della l. 12, § 4, C. 7. 33. Dato questo stato di cose, si capisce come alcuni scrittori abbiano potuto ritenere che il diritto romano non ammise mai l'usucapione delle servitù e come chi la ammette questioni, se sono i requisiti classici della vetustas, che vanno applicati ad essa, o se sono i requisiti della l. t. p. Codeste questioni senza il sussidio nuovo delle interpolazioni e senza quindi la determinazione della storia della l. t. p. delle servitù non si poteano risolvere. Noi le abbiamo con codesto sussidio risolute entrambe; la prima nel senso che la l. t. p. della servitù è istituzione nuova giustinianea; la seconda nel senso che le si applicassero i requisiti della usucapione di cose corporali, tanto più che i requisiti classici della vetustas consistenti nel modo non vizioso dell'esercizio e nel lungo tempo indeterminato si adattano alla vetustas come presunzione, non all'usucapione delle

[1] Dissi già essere dubbio se l'alterazione della l. 1. C. 3., 34 è dovuta a un glossatore o ad un compilatore; perciò non la considero.

servitù come modo d'acquisto. Ma conviene riconoscere che pochi istituti o forse nessun altro i compilatori trattarono in modo così confuso e contradditorio come il nostro.

CONCLUSIONE.

I trattati di diritto romano, esponendo i modi d'acquisto delle servitù, ne fanno tre grandi partizioni sistematiche: modi d'acquisto civili, modi d'acquisto pretorî, e modi d'acquisto del diritto imperiale. Di queste categorie la seconda conterrebbe i vari modi con cui in materia di servitù il pretore provvide a riparare alle lacune e alle deficienze del diritto civile ad uso comune di cittadini e di peregrini. Questa categoria ha questo supremo difetto che i singoli modi, che la costituiscono secondo la teoria comune, ci si presentano separati da tutta la vita giuridica romana. Il modo costituito dal patto con successiva stipulazione penale non si connette a nessuna idea e pratica nè romana, nè peregrina. Nè poi si sa che vita poteva rimanere alla mancipatio e alla in iure cessio una volta che il pretore aveva ammesso questo modo d'acquisto. La traditio servitutis presuppone il possesso di cosa incorporale, che tutti i giuristi dichiarano impossibile; poi essa non si collega alla tradizione del dominio; perchè l'idea di un in bonis per le servitù rustiche e quindi mancipi non si trova mai espressa; e per le altre servitù sarebbe stata indicata un'applicazione della tradizione come modo civile di acquisto, al pari della tradizione delle cose corporali nec mancipi, e non come modo pretorio. L'acquisto delle servitù per prescrizione poi viola una esplicita disposizione di legge; per giunta colla teoria che ritiene non necessario per l'usucapione delle servitù nè titolo, nè buona fede, ma sufficiente l'esercizio nec vi nec clam nec precario, si ha una figura d'usucapione del tutto disforme dall'usucapione delle cose corporali, mentre il fondamento sarebbe un'idea comune: il possesso. Per la tradizione e per l'usucapione poi non si sa vedere il bisogno pratico d'introdurle per tutte le servitù.

Che bisogni pratici facessero ammettere una tradizione dell'usufrutto si capisce, come si capisce che facessero ammettere un' usucapione dell'acquedotto; ma essi non potevano certo far sorgere la tradizione di una servitus altius non tollendi o un'usucapione di questa servitù o dell' usufrutto. Tutta la categoria dei modi pretorî è così un mistero. La legge dell'evoluzione del diritto, che si compie per una lenta trasformazione di idee esistenti sotto l'impulso del bisogno pratico, così rispettata durante tutto il periodo classico e prevalentemente per opera del pretore, sarebbe stata dal pretore stesso in questi modi d'acquisto impunemente violata.

Se si accettano i risultati, a cui sono pervenuto, la categoria dei modi pretorî si riduce ad un solo modo d'acquisto, ma almeno otteniamo un diritto vivo, che ci mette veramente entro il mondo giuridico romano. Noi dovremo enumerare i modi d' acquisto civili distinguendo opportunamente i modi d' acquisto antichi da quelli introdotti dal diritto imperiale antegiustinianeo e giustinianeo. E poi dovremo esporre la costituzione delle servitù per convenzione ammessa esclusivamente nel caso di servitù su fondi provinciali. Così facendo, noi otterremo questo quadro: l'antico diritto civile stabilisce le sue forme, che provvedono alla costituzione in caso di morte (legato); di divisione (adiudicatio) di alienazione (deductio) e di bisogno di una costituzione autonoma della servitù per atto tra vivi (mancipatio, in iure cessio). Il pretore non tocca questo stato di diritto più che sufficiente a tutti i bisogni pratici. Egli soltanto facilita la difesa cogli interdetti a tutela dell'esercizio di certe servitù. La giurisprudenza a sua volta provvede alla mancanza del titolo, trattandosi della servitù d'acquedotto, attribuendo forza presuntiva alla vetustas di un esercizio condotto secondo le esigenze che il pretore stabilì per la protezione interdittale. Essa anche estende la publiciana all' usufruttuario per l'affinità tra la posizione dell'usufruttuario e del proprietario. Pretore e giurisprudenza sono così concordi nel dare provvedimenti speciali per certe servitù, ma non pensano a introdurre innovazioni generali per tutte.

Solo il pretore provinciale, per rendere possibile sui fondi

provinciali la costituzione delle servitù per atto tra vivi, essendo inapplicabili la mancipatio e la in iure cessio, accetta e sanziona la costituzione delle servitù per convenzione o nuda o formale. Questa conclusione è direttamente, pienamente corrispondente ai testi. L'antitesi tra servitù "iure" e "tuitione praetoris constitutae" non si trova infatti che in tre testi genuini. In l. 9 § 1 D. usus. quem. cav. 7, 9. Ulp. lib. 51 ad ed. Illud sciendum est sive iure ipso quis usum fructum habeat sive etiam per tuitionem praetoris, nihilo minus cogendum esse fructuarium cavere aut actiones suscipere l'antitesi non é spiegata. Spiegata esplicitamente o implicitamente è solo negli altri due testi citati Gaio II, 31 e Ulp. fr. vat. 61, e qui l'antitesi è fra servitù su fondi italici e servitù su fondi provinciali. L'antitesi così prende colore storico; essa è un'antitesi di diritto privato rispondente all'antitesi di diritto pubblico quanto al suolo tra l'Italia e le provincie; tanto che invece di parlare di servitù civili e pretorie noi dovremmo parlare di servitù italiche e di servitù provinciali.

Quando nelle scuole orientali di diritto matura l'idea di quasi possesso, allora diventa possibile pensare una tradizione e un'usucapione delle servitù, e l'imperatore greco cedendo all'istinto speculativo e quindi generalizzante del popolo greco, coordina all'abolizione della mancipatio per le cose corporali, e alla prescritta sufficienza della tradizione pel loro acquisto, anche l'abolizione della mancipatio per tutte le servitù e prescrive per analogia la sufficienza della tradizione per tutte.[1] Fatto questo passo, egli compie anche l'altro d'ammettere l'acquisto per usucapione. Le istituzioni classiche della publiciana per l'usufrutto e della vetustas per l'acquedotto sono un addentellato, ma più che altro meccanico,

[1] Non ho bisogno d'avvertire che una volta ammessa la costituzione delle servitù per convenzione per tutti i fondi, non si sa che funzione pratica potesse avere la tradizione delle servitù. La iusta causa traditionis è infatti normalmente una convenzione. Pratica la tradizione non potea essere che quando la causa non fosse convenzionale come ad es. nel caso di donazione. Ma qui non è il luogo di procedere oltre in questa ricerca sul rapporto tra i vari modi d'acquisto delle servitù nel diritto giustinianeo.

non logico, della sua riforma. Così anche in questo campo è ristabilito lo sviluppo giuridico e i modi d'acquisto tutti delle servitù sono spiegati nella loro genesi e nella loro funzione.

Parma, 29 gennaio 1897

LA

RIVISTA ITALIANA

PER LE SCIENZE GIURIDICHE

È diretta dai professori **F. Schupfer** in Roma e **G. Fusinato** in Torino.

Il Consiglio di direzione si compone dei Signori: *P. Ellero* Senatore, Consigliere di Stato, *F. Filomusi-Guelfi* Prof. all'Università di Roma, *L. Palma* Consigliere di Stato, e *V. Scialoia* Prof. all'Università di Roma.

Hanno promesso la loro collaborazione i Signori:

L. Abello — G. Abignente — G. Alessio — G. Arcoleo — A. Ascoli — S. Bensa — C. Bertolini — E. Bianchi — Fr. Bianchi — G. Boccardo — L. Bolaffio — A. Bonasi — G. Bonelli — F. Brandileone — C. Bruzzo — G. Brini — V. Brondi — B. Brugi — A. Brunialti — E. Brusa — F. Buonamici — G. C. Buzzati — L. Cantarelli — D. Caporali — G. Carle — E. L. Catellani — L. Cattaneo — A. Cavagnari — G. Ceneri — L. Chiappelli — G. P. Chironi — A. Codacci-Pisanelli — P. Cogliolo — A. Corsi — — E. Costa — T. Cuturi — E. Cuzzeri — P. Del Giudice — P. Delogu — P. Demurtas Zichina — E. De Ruggero — B. Dusi — P. Esperson — C. Fadda — L. Ferrarini — C. F. Ferraris — E. Ferri — E. C. Ferrini — P. Fiore — G. Fioretti — C. Formiggini — L. Franchi — C. F. Gabba — E. Galluppi — R. Garofalo — A. Gaudenzi — E. Gianturco — G. Giorgi — G. Grasso — P. Grippo — P. Laghi — V. La Mantia — L. Landucci — G. Laviosa — G. Leporini — A. Loria — L. Lucchini — G. Macri — A. Majorana — G. Majorana — A. Malgarini — M. Maltini — L. Manara — G. Manfredini — G. Manna — A. Marghieri — M. Mariani — U. Marinò — E. Masè Dari — L. Maurizi — U. Mazzola — F. Mecacci — F. Melucci — L. Meucci — V. Miceli — L. Minguzzi — G. Mirabelli — L. Miraglia — A. Morelli — L. Moriani — L. Mortara — G. Mosca — F. Moscatelli — C. Nani — G. Oliva — V. E. Orlando — M. Pampaloni — M. Pantaleoni — F. Patetta — F. Pepere — S. Perozzi — E. Pessina — A. Pirsa — V. Polacco — F. Puglia — A. Puviani — L. Ramponi — L. Ravà — A. Ricci — F. Ruffini — G. Sabbatini — A. Sacerdoti — A. Salandra — E. Salvia — G. Salvioli — G. E. Salvioni — L. Sampolo — G. Saredo — F. Scaduto — O. Scalvanti — C. Schanzer — R. Schiattarella — G. Segrè — G. Semeraro — F. Serafini — V. Simoncelli — B. Squitti — A. Stoppato — D. Supino — L. Tartufari — T. Trinchieri — S. Trovanelli — P. Tuozzi — G. Vadalà-Papale — I. Vanni — G. Venezian — E. Vidari — G. Villa — V. Vitali — C. Vivante — F. Viti — A. Zocco-Rosa — L. Zdekauer ecc.

La Rivista esce in fascicoli bimestrali di circa 160 pagine ognuno. Il prezzo dell'associazione annuale è di L. 20, anticipate, per l'Italia e di L. 22,50 (marchi 18) per i paesi stranieri, che formano parte dell'Unione postale. Ogni fascicolo L. 5.

Le associazioni si ricevono dagli editori **FRATELLI BOCCA** in **Torino, Roma, Milano** e **Firenze** e da tutti i principali librai.